

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 20 / 2002

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 2002

### SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

*Editor:*

Agustín Squella

*Asistentes del Editor:*

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

*Comité Consultivo:*

Albert Calsamiglia (†) (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),  
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo),  
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

*Consejo Editorial:*

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín  
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,  
Jorge Iván Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
2002

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 20  
2 0 0 2

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica de la Santísima Concepción, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, de Concepción y Diego Portales.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval", se llevó a efecto la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL  
Errázuriz 2120 - Valparaíso  
E-mail: edeval@uv.cl

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

2002

## SOBRE LA CULTURA JURIDICA CHILENA

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(2001 - 2003)

Antonio Bascuñán Rodríguez, Antonio Bascuñán Valdés,  
Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo,  
Joaquín García-Huidobro, Fernando Quintana Bravo,  
Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Aldo  
Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene  
su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspon-  
dencia puede ser dirigida a la casilla 211-V, Valparaíso.

P R E S E N T A C I O N

Este número del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* corres-  
ponde a 2002 y aparece a comienzos del segundo semestre de 2003.

En su primera parte, como es habitual en todos los números del  
*Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, este volumen contiene una  
sección *Estudios*, donde se reproducen diversos trabajos de interés  
en el campo de la filosofía política y de la teoría y filosofía del  
derecho.

Seguidamente, la sección *Ponencias* reproduce la versión escrita  
de las comunicaciones que fueron presentadas en las V Jornadas  
Chilenas de Filosofía del Derecho, que tuvieron lugar en octubre  
de 2002 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Univer-  
sidad de Valparaíso. Las mencionadas Jornadas estuvieron dedicadas  
al tema "La cultura jurídica chilena", y en ella participaron más  
de 20 ponentes de distintas Facultades y Escuelas de Derecho del  
país.

A continuación, se incluye el discurso que pronunció el Vice-  
presidente de la corporación, Antonio Bascuñán Valdés, con ocasión  
de haberse otorgado a los profesores Jorge Iván Hubner y Máximo  
Pacheco Gómez la distinción de Socios Honorarios de la Sociedad  
Chilena de Filosofía Jurídica y Social. El acto correspondiente tuvo  
lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en el  
mes de diciembre de 2002.

Este y los anteriores números del *Anuario de Filosofía Jurídica*  
y *Social* pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso, Chile.

*Sociedad Chilena de Filosofía  
Jurídica y Social*

ESTUDIOS

BREVISIMA RELACION DE LOS MALES DE LA FILOSOFIA  
DEL DERECHO O LAS FORMAS ENTRE LAS QUE UN  
FILOSOFO DEL DERECHO PUEDE ELEGIR PARA NO SERLO

XACOBE BASTIDA FREIXEDO \*

SUMARIO: I. La sobrevaloración de los valores. II. Los excesos del lenguaje. III. El entropismo de los hechos. IV. El trialismo panóptico.

Es práctica habitual que los trabajos que versan sobre la delimitación del campo propio de la Filosofía del Derecho establezcan, sin más, una variada panoplia de temas que agotan tanto el ámbito de la disciplina como la paciencia del lector. Las series temáticas son tan variadas que su lectura conjunta incita a pensar que nos encontramos ante una materia en la que el único hilo conductor es el de la anarquía del pensamiento y la especulación incontrolada. Así, desde los planteamientos «científicos» que conciben la Filosofía del Derecho como el resultado de la aplicación de un ulceroso método analítico, hasta la contemplación de la filosofía como disciplina abierta en la que todo cabe a condición de partir del llamado espíritu crítico, podemos hallar una exuberante gama de posibilidades que más nos hablan de desconcierto teórico y «perplejidad compartida» (Gil Cremades, 1985, 229) que de pluralidad de miras. En palabras de A. Ollero, «si realizáramos un inventario de lo que por vía oral o escrita se

---

\* Universidad de Oviedo.

ha acogido bajo tal rótulo [Filosofía del Derecho], nos encontraríamos con una mezcolanza enciclopédica difícilmente delimitable» (1975, 251). La constante reflexión que, según E. Opocher (1983, 3), realiza la Filosofía del Derecho sobre su quehacer, autopresentándose de forma problemática, no parece que conduzca a resultados mínimamente satisfactorios, a no ser que nos contentemos con la mixtificación propia de una disciplina construida por materiales residuales. Tal parece ser la actitud de Laporta, Hierro y Zapatero, quienes, refiriéndose al «cajón de sastre» —¿desastre?— en el que se ha convertido la Filosofía del Derecho nos dicen: «no parece que haya, además, razón alguna que exija rechazar indignados tal calificativo, y pretender una posición indiscutiblemente sustantiva y diferenciada para la filosofía, y para la filosofía jurídica, como no fueran de simple política académica» (1975, 108). Por otra parte, las directrices generales para los planes de estudio de la licenciatura de derecho que establece el Real Decreto 1424/1990 sólo confirman que el confusionismo que practican los filósofos del derecho acerca de los contenidos de la materia que explican tiene un émulo ministerial. Dos son los temas en que se divide la ocupación de la Filosofía jurídica. La llamada «Teoría del Derecho» comprende, sin orden ni método, materias tan diversas como la introducción al derecho, la teoría de la ciencia jurídica, la teoría fundamental del derecho o la axiología jurídica —entendiendo por esta «los problemas del derecho justo y la eficacia del derecho» (*sic*), como si ambas cuestiones fueran de correlato lógico—. De otro lado, la «Filosofía del Derecho» amalgama materias que sólo partiendo de una determinada concepción filosófica tienen acomodo —es el caso de la «Ontología y axiología», campos cuya asociación presupone una adscripción iusnaturalista— e incurre en una memorable vaguedad al incluir en su seno materias tales como «el fenómeno jurídico» o los «problemas básicos del Derecho». En fin, la crítica pormenorizada a este tipo de separación temática ya ha sido apuntada por Hernández Marín en un excelente trabajo y a ella nos remitimos (1993, 175 ss.). Baste decir que, invirtiendo el dicho clásico, si la cicatera Salamanca no lo da, qué podemos hacer los infortunados filósofos del derecho sino rendirnos a lo que nos preste la desigual Natura. La «caja de Pandora» en que, según Pattaro (1980, 1), se ha con-

vertido la Filosofía del Derecho no parece un símil acertado para significar la actual situación en que nos encontramos. Cuando los males fueron devueltos a la caja, recordémoslo, quedó libre la Esperanza. Y aquí no es el caso.

En realidad, el origen de esta vorágine temática obedece a dos causas. La primera radica en una dejación absoluta en el mantenimiento de un concepto de derecho sobre el que volcar el análisis filosófico. La segunda, que opera en defecto de la anterior causa, estriba en la defensa de un concepto ecléctico del derecho.

En efecto, a la hora de sistematizar los asuntos propios de la Filosofía del Derecho es labor ineludible partir de una determinada concepción del derecho. En cualquier otra disciplina la previa determinación del objeto sobre el que se ha de volcar el análisis, ya sea científico, ya sea filosófico, parece de secuencia lógica. La distinción de la tipología angélica en ángeles, arcángeles, querubines, serafines, principados, tronos, potestades... implica la previa concepción de lo que se considera materia angélica —por ejemplo, ser sustancia eviterna—. Sin embargo, la Filosofía del Derecho se ha visto tradicionalmente exonerada de esta labor. No existe reparo alguno en acometer una taxonomía sobre un concepto que permanece indeterminado. Los filósofos del derecho son capaces de filosofar acerca de algo cuyo contorno no explicitan. Hay, por ello, buenos motivos para pensar que, en la actualidad, el objeto sobre el que gira la reflexión de la Filosofía del Derecho es la Filosofía del Derecho misma. Así, Piovani no tiene inconveniente en reconocer que «la Filosofía del Derecho no es sino el conjunto de la filosofías del Derecho de los diferentes filósofos» y que, por tanto, «las filosofías del Derecho son la Filosofía del Derecho» (1962, 31).

La Filosofía del Derecho, convenimos en esto con R. Treves (1962, 154), no es una filosofía particular, ni una rama especial de la filosofía —una filosofía regional—, sino la filosofía misma dirigida al estudio de un objeto particular —el derecho—. De ningún modo es la Filosofía del Derecho un tipo especial del género que pudiera denominarse filosofía general. Lleva razón L. Recaséns cuando afirma que una Filosofía del Derecho no es auténtica filosofía «sino en tanto en cuanto se articule en la filosofía general, con la filosofía pura. Para hacer, pues, de la Filosofía del Derecho auténtica



filosofía, será necesario (...) integrarla en una concepción filosófica del universo» (1936, 35). En palabras de A. Kaufmann (1922, 183), «la Filosofía del Derecho se diferencia, por tanto, de otras ramas de la filosofía no porque sea más especial, sino porque lo que hace es reflexionar y discutir a la manera filosófica en torno a los fundamentos últimos del derecho, a los problemas jurídicos fundamentales, proporcionándoles, en la medida de lo posible, la respuesta correspondiente» (1992, 27). Si esto es así, se precisa partir ineludiblemente de un concepto de derecho sobre el que volcar el análisis filosófico. En este sentido lleva razón J. A. García Amado cuando afirma que no se puede pretender que en la realidad impere sin más un orden lógico al respecto, «de manera que a la concepción del derecho se llegue por la vía de examen en sede reflexiva o filosófica, pues se trata en realidad de un proceso circular, en el que la Filosofía del Derecho no puede iniciar su andaduras sin alguna forma de condicionante precomprensión de lo jurídico y, a su vez, esta precomprensión influye y es influida por el análisis filosófico» (1990, 263).

Así las cosas, el planteamiento ontológico respecto de la realidad jurídica es una auténtica precondition de la Filosofía del Derecho. Desde esta perspectiva, la ontología no sólo es un tema del que se ocupa la Filosofía del Derecho, sino que se convierte en presupuesto de la misma. Sólo si se formula un concepto de derecho, bien sea expresamente —procurando así el lujo de comprender las cosas—, bien sea de forma inconsciente; esto es, bien teórica, bien metateóricamente (J. Wróblewski, 1989, 118), existe posibilidad cabal de acometer la tarea de acotar el terreno propio de la Filosofía del Derecho (J. Perenic, 1989, 62). La crítica, tantas veces aducida como elemento característico de toda filosofía, comienza por ser separación y sistematización de las partes que componen un todo que se nos presenta amorfo e impenetrable. Por ello, por lo que supone de concreción aproximativa al respecto de un objeto presto a la disección, la preocupación principal y, si nos apuran, única de la Filosofía del Derecho es la Ontología, esto es, la indagación acerca de la materia que compone esa realidad llamada Derecho. Si recorremos los lugares comunes que tradicionalmente han delimitado el campo propio de la filosofía nos encontraremos con que la Teoría General

del Derecho, que desbroza los conceptos estructurales que conforman sistemáticamente el derecho; la Sociología jurídica, que contempla el derecho como un fenómeno más dentro de un complejo entramado social y, por último, la Axiología, que examina los valores implicados en la normatividad presente, traen inevitablemente causa de la Ontología jurídica. Por ello la Ontología jurídica es presupuesto inexcusable y problema grave del que no cabe sobreseimiento. Sin embargo, hoy día y por un extraño *quid pro quo*, apenas alguien se ocupa de la Ontología jurídica. Los filósofos del Derecho —los profesores que imparten asignaturas con este nombre u otros derivados— practican con frecuencia la maniobra de reducir hipostáticamente la Ontología a uno de los extremos antes mencionados que, en puridad, serían tan sólo sus secreciones. La ausencia de un concepto de derecho es la causante de este despropósito. Acaece con frecuencia que, cuando no se posee la verdadera idea genérica, la especie se convierte en un falso género del cual conocemos sólo la nota específica. Esta sinécdoque académica, que no contenta con tomar las partes por el todo destruye al todo sin dejar ni parte, podría ser analizada siguiendo el curso de las diversas reducciones que eliminan la especificidad ontológica. Tres amenazas hipostáticas sobrevuelan una Ontología jurídica —que es como decir una Filosofía del Derecho— que yace postrada en su lecho de muerte.

Conste, y esto vale para todas las hipóstasis que veremos, que nada hay de malo en realizar una reducción para intentar una concreción ontológica. Es un prejuicio intelectual muy extendido el entender la reducción como sinónimo de simplicidad restrictiva. De esta manera, catalogar una estrategia como *reduccionista* equivale a estigmatizarla como teoría que frustra la pluralidad de enfoques e interpretaciones. Sólo un pluralismo mal entendido o una espuria asimilación de la tolerancia política a la contemplación filosófica puede conducirnos a esta conclusión. Lo contrario nos llevaría, por ejemplo, a considerar descaminada *a radice* la teoría marxista por cuanto reduce la contemplación de la realidad a una consideración económica. Si la Ontología no es más, tampoco menos, que el estudio sobre la *consistencia* de la realidad —así debe traducirse la noción de *eón* que dio lugar al concepto de *Ontología*—, entonces no hay inconveniente alguno en reducir esa consistencia al elemento que se

considerare relevante. Es más, la reducción ha de tenerse por estrategia bienaventurada cuando acierta en el elemento a reducir. Precisamente aquí criticamos no que se establezca la reducción de la Ontología a un segmento de la realidad, sino que, en primer lugar, ese segmento no da razón de una Ontología acertada y, en segundo lugar, que la perspectiva ontológica se pierde en el transcurso de la reducción, pues, como quiera que lo que se pretende es delinear los rasgos de una ontología, al errar el intento la teoría se descarga del deber de tratar de la consistencia. Es indiferente que se reconozca que el «tema ontológico jurídico es el tema central y más permanente», el «núcleo primordial» de la filosofía jurídica (J. Brufau, 1975, 16), cuando a continuación se considera que «el tema axiológico es inescindible del ontológico» (1975, 17). Así, ahora lo veremos, al considerar el iusnaturalismo que la verdadera ontología del derecho es una axiología, se exonera de la obligación de aclarar en qué consiste, precisamente, ser un valor. En otras palabras, si la Axiología es teoría de la justicia y, a su vez, esa Axiología constituye el núcleo ontológico del derecho, entonces «no cabe duda de que se hace preciso un previo esclarecimiento ontológico de la idea de justicia» (M. Atienza, 1975, 6). El problema, en suma, no reside en la reducción, sino en el papel bastardo que se asigna a la reducción. Veamos ahora los tres géneros de reducción, pues, como dice R. Ellmann (1988, 137), la labor fundamental del crítico no estriba tanto en analizar la realidad como en ver cómo no es realmente el objeto a analizar.

### I. La sobrevaloración de los valores

La primera hipótesis —es un lastre propiciado por la inmersión histórica del concepto— es la reconducción de la Filosofía del Derecho al estudio de los valores. Durante siglos, la concepción del derecho en el occidente europeo ha estado condicionada por una visión iusnaturalista de corte aristotélico-tomista. Su punto de partida, como recuerda González Vicén en un trabajo hoy ya clásico (1979a, 207 ss.), es siempre la existencia de un orden universal del ser de estructura permanente e inviolable. La *Lex aeterna* del pensamiento

cristiano —que toma los caracteres de la *physis* en los sofistas y del *logos* universal de los estoicos— reúne los principios últimos, valga la expresión, del obrar humano. A través de un sistema derivativo y absolutamente jerarquizado, la *Lex aeterna* se va concretando en la ley divina, la ley natural y la ley humana, de tal modo que esta última forma ha de estar materialmente contenida en aquellos principios. Por otra parte, como quiera que las explicitaciones que se deducen de la ley natural —*bonum est faciendum, suum cuique tribuere*...— son siempre formales e implican una sustanciación valorativa —a esto se refería Tomás de Aquino cuando decía que el derecho natural ha de ser descubierto, lenta, trabajosa, históricamente y, en definitiva, depende del proceso, constitutivamente histórico de la razón práctica— el derecho natural se convierte en un canon axiológico que el derecho positivo deberá acoger para ser considerado parte del orden jurídico. De esta manera, el derecho natural no sólo constituye un derecho al lado de otros derechos, sino que representa un sistema de normas válidas en sí mismas que operan como medida de validez (González Vicén, 1979a, 213). La reflexión sobre la validez del derecho, sobre su existencia como tal —en esto concuerda Kelsen con la tradición iusnaturalista— se transforma entonces en especulación sobre los valores encarnados en la ley natural y la adecuación del derecho positivo a esos valores. El orden metafísico del que parte el iusnaturalismo no es un *factum*, ni un dato extraído de la experiencia histórica o social, sino un *ordo rerum* valorativo de raíz teológica. No es de extrañar que la Filosofía del Derecho vinculada a esta tradición del pensamiento redujese su quehacer ontológico sobre el derecho al elucubrar axiológico. La Filosofía del Derecho, al ser el derecho la adecuación a un valor, se reduce a un tipo particular de la filosofía moral.

Ahora bien, esta reducción no sólo opera en quienes, vinculados todavía al día de hoy a los presupuestos ideológicos y metafísicos de los que parte esta concepción, siguen, por decirlo con Agustín de Hipona, ardiendo en celo por la casa de Dios —es el caso de F. Puy cuando afirma que la Filosofía del Derecho debe desembocar necesariamente en una ontología cifrada en «la teología iusnaturalista y basada en las fuentes de la revelación: la palabra de Dios, la sagrada tradición y el magisterio de la Iglesia» (1975, 336)—. Muy al contrario, la reconducción de la Filosofía del Derecho a los dominios

de la filosofía moral se consuma, más allá de cierta retórica preconiliar, por corrientes de pensamiento que nada tienen que ver con la genuina vocación trascendente que en principio parece alentar el trasfondo de la reducción que estamos tratando. La identificación de la ontología con el mundo de los valores no viene dada ya por una conexión teleológica de carácter divino, sino que se produce por la mediación laica de la justicia democrática. Este neoiusnaturalismo pagano, que tiene en Dworkin su más conspicuo defensor y en España un desmesurado feudo, acaba siendo una especie de metafísica ver-sallesca, una aplicación de los métodos de la poética al tema de la filosofía jurídica de forma tal que la declaración beatífica de las buenas intenciones que debe observar el legislador acaba anegando la verdadera reflexión sobre el derecho. A esto se refiere Habermas cuando habla de la catástrofe de la historia del pensamiento ético, convertido en paranoia de filósofos que se han sentido autorizados a decir al prójimo qué debe hacer. Aquí los filósofos no tienen lugar, y sí los rapsodas.

La poética de Aristóteles, en respuesta al ataque que Platón dirigió en *La República* a la poesía —por ser representación de una representación, y por tanto doblemente falsaria—, defiende la preservación de las artes literarias por la convicción fundamental de que la poesía comparte no sólo su objeto sino también su método de investigación con las ciencias éticas. Al igual que la ética, la tragedia investiga la acción humana. Para este fin se atiene al mecanismo de la ficción o *poiesis* que emerge en el curso de la poética como la contraparte de la equidad en la disciplina del derecho. La poesía se ocupa de los sentimientos del hombre a través de la figuración. Del mismo modo, la iusfilosofía de rango ético se ocupa de la conducta debida del hombre mediante la ficción —lo que equivale a decir: mediante la despreocupación más absoluta de la realidad—. Este alejamiento consciente tiene lugar al entender el derecho como una realidad anterior y distinta al derecho positivo vigente y a las prácticas de los operadores jurídicos. Como apunta García Amado (1990, 263), cuanto mayor componente idealista contenga el concepto de derecho que el iusfilósofo maneje, tanto más perderá de vista en su análisis los detalles de las normas concretas o los ordenamientos positivos vigentes y se concentrará en la explicación especulativa de los

caracteres de esa otra realidad esencial o más profunda del derecho.

Poesía y axiología comparten, entonces, un gusto desmedido por la estética por medio de la fabulación. Herederos de los poetas de la República platónica, los nuevos iusnaturalistas encuentran auspiciosa la época presente. El «pudor para hablar de moralidad o de justicia» que L. Prieto aprecia en la actualidad iusfilosófica española no parece tener lugar (1987, 607). Más realista se mostraba Delgado Pinto (1975, 27) al afirmar: «No creo equivocarme al sostener que dicho entendimiento de la filosofía [como equivalente del derecho justo] gana terreno en España entre los más jóvenes». Los jóvenes de entonces (1975) son ahora filósofos talluditos que perpetúan la misma línea de investigación. Por otra parte, y en esto se muestra la proximidad con otro subgénero literario como es la hagiografía, las líneas de pensamiento que discurren por este cauce de especulación axiológica son, aunque de apariencia «crítica», tan acordes con el sistema de valores establecido que cercenan la posibilidad de análisis filosófico sobre el material jurídico. Así se constituye la amenaza del pesebrismo ético.

## II. *Los excesos del lenguaje*

La segunda amenaza estriba en la reconducción de la Ontología jurídica a una Teoría General del Derecho. Hagamos antes de nada una aclaración terminológica. Con alguna frecuencia Teoría General del Derecho y Teoría del Derecho son expresiones que se utilizan de forma equivalente e indiscriminada —es el caso de G. Robles (1998, 155)—. A pesar de que, como ha destacado Nawiasky (1962), ambas se vinculan al surgimiento de la nueva visión positivista, conviene distinguirlas. La Teoría General del Derecho fue inicialmente concebida como el estudio de los principios y nociones comunes a las diversas ramas del Derecho e, incluso, a los diversos ordenamientos jurídicos. Aunque el desarrollo explícito de esta concepción surja a finales del siglo XIX, la gestación de la Teoría General del Derecho puede encontrarse en el positivismo austriaco. En efecto, Austin distinguía entre Jurisprudencia —el derecho positivo que realmente *es*— y Ciencia de la Legislación —el *ius ferenda*, el derecho que *debe ser*—. A su vez, dentro de la genéricamente denominada *Juris-*

*prudencia* existe una jurisprudencia particular encargada de estudiar el derecho positivo nacional y una jurisprudencia general, también llamada jurisprudencia analítica, cuyo objeto consiste en el estudio de los principios, nociones y distinciones que son comunes a los diversos sistemas jurídicos. Así pues, la perspectiva de la jurisprudencia particular de Austin es la del regnicola con prurito de especificidad; la de la jurisprudencia general es la del teólogo conciliador que intenta ver muestras comunes de algo llamado *religiosidad* en todas las culturas del orbe. Del mismo modo, el punto de partida de la Teoría General del Derecho era la existencia de una ciencia jurídica dividida en una serie de ramas correspondientes a los diversos sectores del ordenamiento en las que, a su vez, se distinguen una parte general y una parte especial. Su objetivo principal —al menos en la propuesta de A. Merkel, a quien se debe la paternidad del ingenio generalista— se centraba en elaborar, a través de un proceso inductivo, una suma de conceptos y principios que fueran comunes a las diversas partes generales de todo sistema jurídico (H. Batiffol, 1962, 93; L. Bagolini, 1962, 88-89). Así, ha podido decir L. Recaséns que la Teoría General del Derecho «se ocupa de esencias (...) *a priori*, esto es, necesarias y universales que inevitablemente se hallan presentes en todas las normas y situaciones jurídicas que en el mundo han sido, que son actualmente y que serán en el futuro» (1978, 643). Ahora bien, como pone de manifiesto R. Hernández Marín (1989, 131; 1993, 184) el éxito de la Teoría General del Derecho pasaba por la admisión de la existencia de unos principios y nociones que, en un mundo ideal, se plasmaban en las diferentes ramas de los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, dichas nociones y principios no existen. La «estructura conceptual de todo derecho posible» (Rodríguez Arias, 1985, 118), o bien se extrae del material empírico existente —en cuyo caso la Teoría General del Derecho se vería reducida a sociología comparatista, en la línea propugnada por Maine o por Fustel de Coulanges— o bien se pierde en el más absoluto idealismo. Por ello, la Teoría General del Derecho tuvo que reformular sus pretensiones y circunscribir su análisis a las formas y elementos del sistema jurídico y a los propios conceptos con que el sistema se construye (J. A. García Amado, 1994, 134), prescindiendo de cualquier veleidad comparatista.

La Teoría del Derecho, por el contrario, tiene unas miras mucho más amplias. Surgida como corriente radical de la Teoría General del Derecho, la Teoría del Derecho pretende abarcar todo problema filosófico relacionado con el derecho —es «un estudio del ordenamiento jurídico en su conjunto», dirá Bobbio (1980, 251)—, con exclusión del problema de los valores. De hecho, como señala R. Dreier, la Teoría General del Derecho queda absorbida en el conglomerado de perspectivas de la nueva disciplina, siendo relegada a mera «parte general de la Teoría del Derecho en su conjunto» (1978, 125). Cualquier cuestión suscitada en el ámbito de la reflexión teórico-filosófica tiene ahora cabida en una Teoría del Derecho ubicua y omnicomprendiva, a tal punto que su único criterio diferenciador y específico viene dado por su propia negatividad: Teoría del Derecho es todo lo que trata sobre el derecho sin hacer referencia a su aspecto valorativo. Una muestra del «cabalístico contenido» de la Teoría del Derecho (A. Ollero, 1975, 248) es el abanico temático que G. Peces-Barba hace depender de esta disciplina. Así, «la Teoría del Derecho trata al menos (!) los siguientes problemas: 1) Crítica de la dogmática. 2) Relaciones entre Derecho y Poder. 3) Contenido material del Derecho. 4) El derecho como Ordenamiento. 5) Estructura y función del Derecho. 6) Conceptos fundamentales del Derecho. 7) Distinción de otras materias afines» (1983, 265). Después de revisar, exhaustos, el prolífico contenido de la Teoría del Derecho, no cabe sino convenir con K. Adomeit en que «la más vieja designación de Teoría General del Derecho es también la más correcta» (K. Adomeit, 1984, 45).

Una vez aclarada la delimitación conceptual entre ambos términos, y en aras de una mayor inteligibilidad, trataremos conjuntamente los intentos reduccionistas basados tanto en la Teoría General del Derecho como en la Teoría del Derecho. El hecho de que muchos autores utilicen indistintamente los términos para referirse a un mismo concepto —séanos ejemplo Alexeev, quien dota a la Teoría General del Derecho de las características totalizadoras de la Teoría del Derecho (1989, 24)—, unido a que, por otra parte, las diferencias apuntadas no empañan el que exista un núcleo común de significado —ambos términos surgen de la concepción positivista

que toma por objeto de investigación el dato lingüístico del derecho positivo— avalan nuestra elección.

Pues bien, decíamos que una segunda reducción inapropiada es aquella que ve en la Teoría General del Derecho o en la Teoría del Derecho un sustitutivo de la Ontología. Para la Teoría General del Derecho y la Teoría del Derecho, construidas como sombras de la proyección iusnaturalista, el derecho está formado exclusivamente por normas positivas. Por otra parte —luego incidiremos sobre este aspecto—, al tenerse como grado supremo del conocimiento aquél que deriva del análisis científico, es decir, el conocimiento que construye verdades universales y necesarias a partir de objetos que tienen carácter general y permanente, el positivismo busca una base general y abstracta sobre la cual construir su análisis. Desde luego, este punto de partida no puede venir dado por los valores, habida cuenta de su carácter variable y relativo. La renuncia a la consideración idealista y valorativa del derecho propicia que el positivismo se aferre a todo dato que procure una base real para el análisis. Y ese dato se encuentra en la norma expresada a través del lenguaje. Lenguaje que, precisamente por ser base de un conocimiento que aspira a ser científico, habrá que depurar de todo rasgo que lo convierta en material puramente contingente. Así, en el derecho positivo lo único estable y permanente no es el contenido —que varía en el espacio y en el tiempo— sino la forma (A. Montoro, 1975, 220). Como decía Knapp, y recuerda González Vicén (1977, 691), el derecho recibe sumisamente su materia de una fuerza exterior y nuevamente la pierde por la acción de esa misma fuerza, de modo que lo permanente para él no es el contenido, sino la corteza que es su forma. El lenguaje que es base del conocimiento de la Teoría General del Derecho, entonces, no es el lenguaje natural, sino el lenguaje formalizado.

Al igual que ocurría con la reducción axiológica, la hipóstasis que ahora nos ocupa comienza por localizar una ontología normativa, en este caso el lenguaje jurídico con el que las normas se expresan, para luego declinar su desarrollo. Decir que el derecho es lenguaje y comenzar a diseccionar las variedades lingüísticas en que se compone no basta para acometer la tarea ontológica. Si el derecho es lenguaje habrá que delimitar la especificidad respecto de otros len-

guajes u otras formas lingüísticas. Y aquí es donde los filósofos analíticos practican el sobreseimiento. Escudándose en la positividad; esto es, en que la realidad les regala un lenguaje caracterizado peculiarmente, dan por buena la delimitación que la eficacia realiza por ellos. Transitemos por un instante, y de modo telegráfico, el razonamiento de los analíticos para comprobar el tenor de su impostura: 1) El mundo que puede conocerse es el que se puede expresar en un lenguaje. 2) Las normas se expresan mediante lenguaje. 3) La realidad de las normas es el lenguaje. Hasta aquí no existe el menor problema. Todo comienza a ser confuso, sin embargo, cuando inquirimos por la ontología del lenguaje mismo. Aquí, salvadas algunas refrescantes excepciones, como la de J. R. Searle (1997), todo es silencio. En cualquier caso, lo cierto es que asistimos a una abrumadora inflación de teóricos que ven en el derecho un conjunto de enunciados —sin más— que deben ajustarse a ciertas reglas lógicas y reducen el papel de la filosofía al análisis de esos enunciados. Así, M. Schlick puede definir el quehacer filosófico como «la actividad mediante la cual se determina o descubre el sentido de los enunciados (...) Por medio de la filosofía se aclaran las proposiciones, por medio de la ciencia se verifican» (1993, 62).

El análisis lingüístico, como ha sabido ver J. A. Marina (1998, 146), padece un raro tipo de parálisis. Se queda estupefacto ante la prestancia de la estructura del lenguaje y se olvida de los actos que lo están haciendo posible. Es como si decidiera vivir en un diccionario o en una enciclopedia y pensar que allí está todo. Las palabras, en ese submundo platónico creado por la imprenta, se aclaran por palabras que a su vez son aclaradas por otras palabras. Se olvida que el diccionario —así también las palabras del derecho con las que se pretende reconstruir una especie de gramática universal— tiene en última instancia términos que sólo se pueden aclarar en su remisión no a una palabra, sino a la experiencia. La autonomización de los signos que el análisis de la realidad sufrió tras la irrupción del llamado «giro lingüístico» resultó en un inicio un saludable cambio, sobre todo por lo que tuvo de depuración antimetafísica de determinadas concepciones que, como la de I. Peidró, estimaban que la Filosofía del Derecho tenía como misión captar mediante la intuición las esencias universales del fenómeno jurídico (1975, 319). En idéntico sentido, J. López Medel afirma que la Filosofía del Derecho

«no tiene otro sentido que el de indagar 'qué sea' el derecho. No qué lo constituye» (1976, 11). A esto se refiere M. Atienza cuando pondera la virtud de la Teoría General del Derecho por cuanto errática «del campo del estudio del Derecho muchos prejuicios metafísicos» (1975, 4). Sin embargo, esta cirugía teórica se está pagando hoy día muy caro (H. Hörmann, 1982). Por medio de una peculiar perversión neústica —diría Guastini (1984, 52)—, esto es, una obsesión por la forma de los enunciados más que por el origen y significado de los mismos, la anglofilia analítica ha convertido el lenguaje en un universo lógico y cerrado. Este proceso de automatización del lenguaje ha propiciado que los filósofos del derecho hayan entendido que el significado de los enunciados jurídicos es algo que viene dado simplemente por las palabras. De ahí la propensión a traducir todo enunciado jurídico en términos de lógica simbólica. El estudio del derecho se afronta mediante la traducción de los distintos enunciados del sistema jurídico a un lenguaje formalizado. Siguiendo una línea iniciada por la escolástica y continuada por los teóricos de Port-Royal, así como por F. de Saussure, el lenguaje se convierte en una estructura desvinculada del contenido y del entorno lingüístico. Si echamos un vistazo a cualquier trabajo de A. Conte, que es el pope analítico de la disciplina, o de von Wright, o, en España, de C. Alarcón, tardaremos un buen rato en saber si se trata de Filosofía del Derecho o de matemáticas fractales —esto en el supuesto de que consigamos finalmente distinguir si es una cosa u otra—. Los filósofos analíticos convierten al lenguaje en un ídolo cuando, olvidando su origen humano, se encuentran de nuevo con él y caen rendidos en pasmo, reverencia y adoración (J. A. Marina, 1988, 147).

Y es que un enunciado no es sólo un acto lingüístico gramatical, sino también un acto cognitivo. La filosofía analítica no ha sabido diferenciar lo que se dice de lo que se comunica. La simbolización, que es una ventaja desde el punto de vista de la exposición de los hechos no excesivamente complejos y de la formulación de reglas generales, se convierte en una especie de fetiche, un fin en sí que causa un irreparable daño debido a la creencia instintiva de que sólo lo simbolizable es real y todo lo simbolizable responde a una realidad bien definida y fijada para siempre. La reacción inten-

cionalista basada en el estudio del uso ordinario del lenguaje que propusiera Wittgenstein y que continuaron J. L. Austin y J. R. Searle ha subrayado el fracaso de la anterior tentativa reconstruccionista. Existen ámbitos de la realidad —el derecho es uno de ellos— que no pueden apartarse de la complejidad del mundo real y que sólo son accesibles a una comprensión contextualizada. Por eso, una parte importante de la actual teoría del discurso —principalmente J. Habermas (1987)— tiene por base el hecho de que a menudo la interpretación de las intervenciones en el contexto de la conversación difiere radicalmente del significado que se extraería de las mismas oraciones aisladas. Cada frase individual, incluso la de apariencia más trivial, tiene que ser interpretada por el oyente con la ayuda de datos extralingüísticos (E. Uhlenbeck, 1963). Las palabras no transportan significados, sólo las personas los poseen. Los actos lingüísticos, como señalan J. Brandsford y M. Johnson (1972, 120), actúan meramente como claves que la gente puede utilizar para recrear y modificar su conocimiento previo del mundo.

Es curioso comprobar cómo, aunque de tendencia contraria al movimiento iusnaturalista, la reducción realizada por la filosofía analítica coincide en la asignación que el iusnaturalismo daba a la Filosofía del Derecho. También aquí la Filosofía del Derecho tiene su campo de actuación en el mundo de los valores. Lo que sucede es que para el iusnaturalismo ese arsenal axiológico es, al mismo tiempo, el núcleo ontológico del derecho —de ahí la importancia que se concede a la Filosofía del Derecho—; mientras que para el positivismo, precisamente por rechazar cualquier conexión entre derecho y valor, la axiología se desplaza del núcleo ontológico y se integra en una disciplina considerada marginal —la Filosofía del Derecho—. Así pues, en el primer caso, la Filosofía del Derecho se ve reducida a valores para conservar la importancia de la axiología; en el segundo, se ve igualmente reducida a valores, pero esta vez para extirpar la preponderancia del componente axiológico. «Resulta interesante, dice Delgado Pinto, por paradójico, anotar el hecho de que un positivista tan celoso como Kelsen afirme, sin embargo, que la tarea específica de la Filosofía del Derecho consiste precisamente en elaborar una teoría de la Justicia» (1975, 27). En realidad no existe paradoja alguna. La degradación que el término *filosofía* experimentó a raíz

de la consolidación del positivismo explica que la utilización del mismo expediente que en su momento utilizara la teoría iusnaturalista —la equivalencia de filosofía y el estudio valorativo— tuviera efectos contrarios. La aplicación del patrón cognoscitivo propio del positivismo científico al positivismo jurídico —a saber, el carácter exclusivamente descriptivo y enunciativo de la ciencia y la renuncia al planteamiento y a la solución científica de problemas ontológicos y metafísicos (L. Martínez Roldán y J. A. Fernández Suárez, 1997, 49)— propicia, en primer lugar, que las cuestiones valorativas se incluyan en una disciplina de carácter no científico; en segundo lugar, que dicha disciplina caiga en el mayor de los descréditos. R. Dreier sintetiza perfectamente el proceso de reducción: «En el ámbito idiomático germano las direcciones analíticas de la Teoría del Derecho provienen de la filosofía neokantiana (...) Esta ha favorecido por un lado la tendencia al análisis formal y por otro su fijación crítica al problema metafísico. A éste se vinculó la polémica sobre el carácter científico de la metafísica y de la filosofía jurídica y moral metafísicamente fundamentada. Es relevante de esta polémica, desde el punto de vista de la Teoría del Derecho, la tesis que declara que las afirmaciones morales y las afirmaciones jurídicas están sustraídas a la justificación científica. Y en esto se funda la generalizada creencia entre la Teoría del Derecho como teoría de las formas jurídicas y la Filosofía del Derecho como teoría de los valores jurídicos, con lo cual la diferencia entre ambas ha sido entendida a su vez como diferencia entre científicidad y acientificidad» (1978, 117). Este es el triste destino al que se ve abocada la Filosofía del Derecho en la inteligencia jurídica del positivismo. Cuando no directamente preterida —tal proponen G. Héraud (1962, 121) o H. Lévy-Bruhl (1962, 136)— sí se ve marginada al papel de conservadora de un material ajeno a la esencia de lo jurídico. Kelsen representa a la perfección esta postura que tiene su origen en el paleopositivismo benthamita. El positivismo de Kelsen, tan preocupado por el problema del sincretismo metodológico, separa categóricamente la Filosofía del Derecho de la Teoría General del Derecho. La primera se ocuparía de establecer las reglas que debería adoptar el Derecho para ser considerado justo —es la labor que Bentham asignaba al *Censor*— mientras que la segunda se ocuparía del estudio del Derecho tal como es: del aná-

lisis de la estructura de las nociones fundamentales del derecho positivo y de la definición misma del Derecho —ésta sería la función del *Expositor* de Bentham—. La Filosofía del Derecho no se elimina, aunque sí se posterga. «Creo —dice Kelsen— que la Filosofía del Derecho y la Teoría General del Derecho poseen igualmente su razón de ser. La Filosofía del Derecho intenta responder a la cuestión de saber qué reglas debe el derecho adoptar o establecer: en otros términos, su objeto específico es el problema de la justicia. Dado que la justicia es un postulado de la moral, la Filosofía del Derecho constituye una rama de la filosofía moral o ética. Su método es el mismo de esta disciplina. Por el contrario, la Teoría General del Derecho tiene como objeto el derecho tal como de hecho es, es decir, el derecho positivo, tanto nacional como internacional. Su objetivo consiste en analizar la estructura del derecho positivo y en fijar las nociones fundamentales en el conocimiento de ese derecho» (1962, 131). Alexy y R. Dreier, por poner un ejemplo tan actual como influyente, participan de esta visión al dividir la *Jurisprudencia* en una Teoría General del Derecho y una teoría de la ciencia jurídica y, al tiempo, establecer una distinción entre la *jurisprudencia* y *ya legal philosophy*, identificando esta última con la teoría del derecho natural (1990, 3). De esta forma, el problema de la Filosofía del Derecho se centra en la Justicia, mientras que el objeto de la Teoría General del Derecho radica en la noción de Derecho, en su ontología. La Teoría General del Derecho sustituye así a la Filosofía jurídica, considerada entonces como innecesaria o insuficientemente justificada (E. Díaz, 1974, 248).

Así se constituye la amenaza de la idolatría lingüística.

### III. El entropismo de los hechos

La tercera de las amenazas es aquélla que reduce la Ontología a pura facticidad sociológica. El Sociologismo jurídico disuelve el concepto de norma al considerar que la única realidad del derecho está compuesta por el comportamiento de los operadores jurídicos en el proceso de formación de decisiones y por las actitudes de los miembros de la sociedad que adecuan sus reacciones ante determinados hechos a la previsión de la actuación judicial. La sociedad en funcio-

namiento —jueces que dirimen y ciudadanos que prevén como se va a dirimir— colma la realidad jurídica. Las normas no son jurídicas por sí mismas. Sólo si los jueces las tienen en cuenta a la hora de resolver un conflicto real —y, en consecuencia, si motivan al ciudadano, pues supone que el juez las considerará aplicables— hablaremos de una norma jurídica.

El paradigma utilizado invierte por completo el que caracterizaba la formulación analítica del positivismo. Veamos sumariamente la génesis de este giro sociologista. Para el positivismo, la ley —entendamos aquí el derecho positivo— agotaba el campo de lo jurídico y la relación existente entre esa ley y la sentencia correlativa era de estricta derivación lógica. El juez era un simple mediador. Ello no significaba que el juez no debiera interpretar, sino que, una vez realizada la interpretación de la norma *con instrumentos que tenían a la norma en sí misma como fin último de la interpretación*, la conclusión se llevaría a cabo siguiendo una absoluta observancia del texto legal. Por decirlo de una manera conceptista, su misión era la sumisión; su meta, que se sometiera. La organización del incipiente capitalismo basado en la concentración de los núcleos de imputación de poder —nos referimos al monopolio estatal en la formación de las leyes frente a la anterior dispersión jurídica—, en un modelo burocratizado de la sociedad y en la ficción burguesa de la isonomía —igualdad ante la ley— como quintaesencia de la libertad, propiciaba que este tipo de vinculación logicista del juez a la ley se viera como un resultado natural e incuestionable.

Cambios fundamentales en esta estructura posibilitaron que el papel del juez variase diametralmente. Aunque no nos sea cuestión tratar con detenimiento sobre la suerte de variación que aconteció para explicar esta radical mutación, sí es conveniente desbrozar cierta maraña que anda asilvestrando los predios del conocimiento académico. La teoría más al uso —R. Treves, M. White...— afirma que la crisis del modelo político y social antes enunciado es la causa del trastruque en la función judicial. Teniendo en cuenta que ninguna de las notas que definen estructuralmente la tipología del protocapitalismo varían en el modo de producción capitalista, esta explicación, aún teniendo el mérito de haber intentado una solución materialista, y por ello es más mies que rastrojo, deja sin satisfacer las

exigencias más modestas de la razón. Más probable es que el cambio se deba a motivos de reajuste dentro de la lógica de un capitalismo que precisa transformarse para «perpetuarse en su ser», primer principio de la ontología spinozista. La intromisión de partidos de raíz obrera en unos parlamentos antes dominados por grupos oligárquicos, el afianzamiento de los sindicatos como grupos de presión en la confección normativa y, en suma, el protagonismo cada vez más marcado de los que antes eran desheredados —es lo que Ortega llamaba «plebeyización de la democracia», por él concebida como el seguimiento de los mejores—, explica, creemos —aí menos es una teoría que nos zascandilea por la cabeza—, que la posición del juez ante la norma dejase de ser puramente pasiva y deductiva. El derecho positivo ya no tiene ese genuino sabor burgués que convertía a la propiedad privada en «derecho sagrado» —el primero en la declaración de los Derechos del Hombre de 1789—. Como recuerda J. R. Capella, entre 1917 y el comienzo de la década de 1970 los trabajadores conquistaron numerosas posiciones políticas y sociales —no sólo y simplemente «derechos»— en los países desarrollados. Coadyuvaron en las metrópolis a la descolonización política de las naciones proletarias; obtuvieron la legalización de sus instituciones de participación y afianzaron los derechos que integran lo que se ha dado en llamar el *Estado del Bienestar* (1995, 171). La letra de la ley, de ser aplicada con precisión de esgrimidor diestro, desatendería los intereses de una clase que sólo de forma resignada y regañando los dientes se vio obligada a reconocer ciertas concesiones. Y es ahora, sospechosamente, cuando la labor del juez —convertida en *ultima ratio imperii*, como la leyenda que rezaba en los cañones españoles del siglo XVII— alcanza una relevancia antes desconocida. La defensa de los intereses de siempre precisa la incorporación de un elemento que tienda a transformar la letra de una ley que ya no expresa por completo la intención de la clase dominante. Este elemento es la voluntad judicial que sustituye a la voluntad legislativa. A los desposeídos, a los que siempre estuvieron fuera de la historia, se les muestra la entrada por la puerta de servicio y, a lo sumo, se permite su estancia en un discreto



cuarto de invitados. Ahora bien, conviene tener en cuenta que esta es una explicación genética del movimiento antiformalista, esto es, no pretende dar razón del antiformalismo en abstracto. Oponerse a la sujeción estricta del juez a la ley no implica, por supuesto, venir necesariamente en los postulados antisocialistas —contrarios al movimiento obrero y proletario: el rumbo de nuestra historia nos obliga a precisar el término— que hemos señalado más arriba. Fuera como fuera, lo cierto es que el patrón normativista declina en las postrimerías del siglo XIX —auténtica armonía finesecular— y da lugar a un giro de tintes sociológicos que tiende a reducir el derecho a conducta, sólo captable, eso sí, por esa aristocracia espiritual que es la judicatura.

Dos son las corrientes que con más vigor han impulsado la reducción de la ontología jurídica al factualismo: el Movimiento del Derecho Libre y el realismo norteamericano. Aunque el Movimiento del Derecho Libre no es, en puridad, una escuela «actual», su influencia en el sociologismo y en tendencias tales como el uso alternativo del derecho, nos obliga a partir de él como matriz genética de la reducción sociológica.

El Movimiento de Derecho Libre se presenta como el más afilado estilete de la llamada «revuelta contra el formalismo», tendencia doctrinal que desde los más variados presupuestos se alzó contra la visión formalista del Derecho. Durante el siglo XIX la ciencia jurídica alemana se había esforzado en construir un sistema de conceptos pretendidamente completo con la intención de utilizarlo como instrumento apto para la resolución de los diferentes casos «reales» siendo así que, en verdad, se alejó decisivamente de la vida real y no percibió los cambios que estaban teniendo lugar en todos los órdenes de convivencia. La crítica del Movimiento de Derecho Libre se dirige precisamente contra este alejamiento de la vida social y contra el alejamiento que había tenido lugar entre la vida social y la actividad de los juristas. Aunque resulta difícil precisar los límites de este movimiento, pues no se trata de una escuela en el sentido tradicional del término y sus representantes —mayormente Ehrlich, Kantorowicz y Fuchs— sólo coinciden en sus críticas a la Jurisprudencia tradicional, intentaremos dar unas notas definitorias

que, por su generalidad, conformen la estructura básica del Movimiento de Derecho Libre y puedan aunar en lo esencial a todos los miembros del movimiento, al menos en lo tocante a la reducción que estamos comentando.

En primer lugar, el dogma de la estatalidad del derecho va a ser duramente criticado por todos los representantes del derecho libre. La práctica totalidad de las corrientes jurídicas del siglo XIX había sostenido que el derecho tiene su origen en la voluntad del Estado y, en consecuencia, que la creación del derecho correspondía exclusivamente al Estado. Pues bien, el Movimiento del Derecho Libre —sin negar el carácter jurídico al derecho del estado— intenta demostrar que junto al derecho del Estado existe también otro derecho cuyo origen y desarrollo es totalmente independiente. Y lo que es más importante, ese «otro derecho» tiene una vigencia efectiva en el seno de las distintas sociedades. Ehrlich, cuya posición a este respecto es paradigmática, dividía la materia jurídica en derecho estatal —aquél que surge por medio del Estado y que sin éste no podría haber existido—, derecho de juristas —el producido por los jueces, profesores y estudiosos— y derecho social —derecho que, a diferencia de los dos anteriores, no está recogido en proposiciones jurídicas y surge espontáneamente en la sociedad—. Los tres tipos de derecho se mezclan en lo que Ehrlich llama «derecho vivo» y que consiste en el comportamiento jurídico puesto realmente en práctica. El derecho vivo está compuesto por reglas de acción humana que dominan la vida misma aún cuando no hayan sido positivizadas en proposiciones jurídicas. Es, en suma, el derecho que guía efectivamente las conductas de los miembros de la sociedad. El origen de este derecho puede hallarse en cualquiera de los tres tipos de derecho antes mencionados, pero para ser considerado derecho viviente precisa de eficacia a la hora de motivar los comportamientos del grupo social. El Estado, por consiguiente, no es la fuente principal del derecho, sino la sociedad misma. Sólo lo que penetra en la vida, en palabras de Ehrlich, se transforma en norma viva, lo demás es tan sólo doctrina, norma de decisión, dogma o teoría.

Para el común de los autores del Movimiento de Derecho Libre el derecho es, ante todo, el orden interno de las asociaciones que no se confunde jamás con el poder estatal. La ley es simplemente

una fuente más que proporciona respuesta a un número muy limitado de casos. La conducta real de los hombres —el «derecho libre» o el «derecho vivo»— que se desarrolla con independencia del derecho estatal conforma el verdadero núcleo del derecho.

En segundo lugar, la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico, algo que era sistemáticamente negado por la doctrina formalista, sobre todo la exegética, se convierte en un hecho indiscutible. No existe para el Movimiento de Derecho Libre plenitud en el ordenamiento jurídico: resulta absolutamente imposible que en uno o varios códigos se encuentren todas y cada una de las reglas y principios necesarios para resolver cualquier controversia jurídica. Esta crítica al dogma de la plenitud afirma, por una parte, la insuficiencia de las disposiciones generales y abstractas para regular el entramado social. Como el derecho, se dirá, es producto espontáneo que se desarrolla en la sociedad y se va modificando a medida que las necesidades sociales cambian, la generalidad y la abstracción de las normas suponen un alejamiento de la realidad. Lo individual y lo concreto es lo que da vida al derecho. Precisamente por eso las decisiones jurídicas no pueden ser concebidas como el resultado de simples procesos lógicos. Aquí es donde el derecho libre hace acto de apelación, un derecho que surge espontáneamente en el seno de la sociedad, que es obtenido por los jueces en su actividad cotidiana, impregnado de valores y que supera la rigidez del derecho estatal. Sólo el derecho libre, decía Kantorowicz, con la espontaneidad de sus decisiones y la claridad emotiva de su contenido frente al caso concreto puede colmar las lagunas y, de hecho, siempre las colmó. Por otra parte, de la impugnación de la plenitud del ordenamiento se deriva una negación de los propios medios ofrecidos por el ordenamiento para solucionar las lagunas. La concepción tradicional confiaba ciegamente en la perfección de los códigos y, aunque reconocía que de manera excepcional pudieran producirse algunas lagunas, pensaba que con los medios proporcionados por el propio sistema jurídico podía obtenerse una solución. El Movimiento de Derecho Libre, muy al contrario, estima que los procedimientos integrativos tradicionales —todos ellos de cariz lógico deductivo— no son suficientes para dotar al ordenamiento de respuesta a todo caso posible. El juez precisa acudir a elementos nuevos que no extrae

de la ley y realiza en todo momento valoraciones que no vienen determinadas normativamente, sino que son el resultado de la actividad creadora del juez. Como los criterios de resolución no pueden ser suministrados por la ley el único camino posible es que el juez observe y valore la realidad, los intereses en conflicto, las necesidades sociales, etc. y en función de esto obtenga la decisión. En el fondo lo que se critica es que los medios de interpretación puedan ser concebidos como la aplicación de reglas o principios lógicos. Lo que en realidad subyace detrás de esa apariencia formal es la voluntad del sujeto que interpreta y aplica normas jurídicas con la intención de obtener un resultado determinado.

En tercer lugar, el Movimiento de Derecho Libre ataca la consideración del Derecho como un sistema completo de diferentes piezas que encajan armónicamente y que es construido a través de la utilización de reglas lógicas. La construcción jurídica del siglo XIX se había caracterizado por la elaboración de sistemas conceptuales abstractos y formales cuya pretensión era la consecución de rigor y exactitud con la intención de obtener resultados comparables a los que se producen en el ámbito de las ciencias naturales. Si tenemos en cuenta que para el Movimiento de Derecho Libre el derecho tiene un origen social —bien de forma inmediata, bien mediata— la impugnación de esta concepción resulta obligada. El modo de operar abstracto y deductivo referido exclusivamente a las normas estatales no puede servir para la solución de los problemas reales y al mismo tiempo tampoco es útil para el conocimiento del derecho. Los casos reales sobrepasan cualquier previsión normativa. El derecho, por su mismo carácter dúctil y proteico derivado de su contextura social, no puede ser reducido a sistema. Lo que propone el Movimiento de Derecho Libre es la utilización de un método individual, concreto e inductivo que introduzca el elemento de la voluntad —y no meramente la razón— para la comprensión del derecho. Los principios y proposiciones establecidos tradicionalmente por la ciencia jurídica no servirían para la vida jurídica práctica. El intento de lograr un sistema de validez general de proposiciones jurídicas, bien del derecho estatal, bien del derecho libre, decía Kantorowicz, no es sino la utopía de una lógica de aficionados.

La segunda corriente más relevante a los efectos de reseñar la

reducción sociologista es el realismo norteamericano. Esta dirección radicalmente antinormativista afirma que el campo de estudio de los juristas es la regularidad de los comportamientos que son presupuesto de la resolución de controversias y que la interpretación y aplicación del derecho es un problema práctico en el que lo relevante es la solución alcanzada. El derecho, afirmaba Holmes, es una formulación de experiencia, no de lógica. La visión más acertada de lo que es el derecho es, según Holmes, la del delincuente, la del hombre con mala fe: al delincuente «no le interesan en absoluto los axiomas o las deducciones, pero sí quiere saber qué van a decir los tribunales acerca de una acción determinada. Yo estoy de acuerdo con él. Las profecías de lo que los tribunales van a hacer en realidad es lo que yo quiero decir cuando me refiero a la ley». En idéntico sentido decía Frank que la «ley hecha por el juez es la verdadera ley». Una ley, desde esta perspectiva, es la decisión de un tribunal respecto a hechos, en la medida en que esa decisión afecta a cada persona en particular. Antes que un tribunal haya juzgado esos hechos, no existe ley sobre el tema.

El papel del juez adquiere un protagonismo absoluto. Y ello no sólo porque sus decisiones constituyan el derecho real de cada sociedad, sino porque las normas no ejercen sobre él una verdadera vinculación. Son las necesidades de la vida social, sometida a cambio incesante, las que deben orientar al juez en el curso de la decisión. El juez no sólo crea derecho, sino que lo crea con un margen de libertad casi absoluto. Podríamos concretar en los siguientes puntos los presupuestos teóricos del sociologismo norteamericano. En primer lugar, existe un total escepticismo hacia las reglas generales como medios para alcanzar decisiones particulares. Por definición, la rigidez de la legislación no puede contemplar las necesidades cambiantes de la sociedad. En segundo lugar, es apreciable la preponderancia de la valoración de la función de los factores extrajurídicos en el análisis del derecho y la necesidad de conocer los factores reales de la vida jurídica. En tercer lugar, se destaca la insistencia en los factores inconscientes de la decisión —y no lógicos— en la determinación del derecho. Por último se predica un relativismo absoluto —valga la paradoja de la expresión— sobre la certeza del derecho.

En conclusión, el Sociologismo jurídico, y hemos escogido la ver

sión norteamericana como la muestra más quintaesenciada del mismo, ve el núcleo del derecho en el comportamiento real de la sociedad. Si la sociedad en conjunto se comporta de un modo contrario a lo establecido en una norma y considera vinculante a esa pauta de comportamiento, entonces nos encontramos ante una «norma de papel». El verdadero derecho es el que surge de la aceptación y la práctica comúnmente admitida del conjunto social. De la misma manera, las únicas normas que son consideradas jurídicas son aquellas que motivan la voluntad del juez en la resolución de los casos.

En suma, para las corrientes sociologistas, el derecho se reduce a un fenómeno social y empírico. De nuevo nos topamos con el mismo problema de la reducción *sui generis*. Que el ser del derecho se reduzca a la conducta de los hombres, tanto de los ciudadanos como de los jueces, es una opción más que respetable siempre y cuando se explicita qué tipo de hechos se consideran jurídicamente relevantes y, en consecuencia, qué características han de poseer para adquirir naturaleza jurídica. También aquí existe una total indefinición del núcleo de la reducción. Si, todo lo más, se dice que son la realidad o la conducta los puntos determinantes de la concreción ontológica y, a su vez, tenemos en cuenta que realidad y conducta no son más que la sucesión de hechos observables, entonces la reducción se convierte en todo lo contrario: en una ampliación desmesurada del objeto que nada puede aclarar.

Como quiera que una concreción ontológica de más alcance suele brillar por su ausencia, con esta reducción se corre el peligro del eclecticismo y del enciclopedismo (Bobbio, 1962, 11). La falta de especificidad en la tipología de lo fáctico y, sobre todo, la sorprendente variedad metodológica que se sigue para apreciar los datos del derecho y detectar las condiciones que los determinan, convierten al sociologismo en una corriente las más de las veces desquiciante y neurótica. Cualquier elemento es válido para explicar la génesis de los datos relevantes para el derecho. Siguiendo lo que P. Bordieu llama *efecto Montesquieu*, se podría hablar de una climatología jurídica o un análisis gastronómico del derecho; algo que, por cierto, ya ha sido sugerido, como recuerda J. Frank (1968, 113), por el magistrado Peters, de Alabama, quien alumbró la idea de estudiar los factores fisiológicos que rodean a los operadores jurídicos, habido

cuenta de que en la decisión judicial podían influir aspectos tales como un dolor de muelas, un cólico repentino o un ataque de indigestión.

Por otra parte, con ser grave la indeterminación de la «infinita multiplicidad de la experiencia» (A. J. Arnaud, 1990, 68), es todavía más pernicioso desde el punto de vista teórico la apropiación de la estrategia sociologista por movimientos de cuño posmoderno que se pierden en la «conexión intertextual deconstructiva» —qué irreparable daño han hecho Foucault y Derrida—. Buena muestra de ello es el moderno surgimiento en el ámbito norteamericano del *Critical Legal Studies*. La «extraña mezcla de realismo jurídico, Nueva Izquierda y crítica literaria» (J. Boyle, 1985, 688) de los *Critical* incide en el carácter difuso y confusionista que, decimos, caracteriza generalmente el tenor del sociologismo. La indeterminación, contingencia y plasticidad (J. A. Pérez Lledó, 1995, 139) que, según este movimiento, delimita la realidad del derecho, propicia que sus análisis se diseminen en una impresionante variedad de interacciones sociales cotidianas. Ante todo existe una crítica a lo que C. W. Mills llamaba «gran teoría»; a saber, «un nivel de pensamiento tan general, que quienes lo practiquen no puedan lógicamente descender a la observación» (1981, 52). Esta aversión a las grandes sintaxis teóricas les lleva a postular «teorías locales» —esto es, análisis de pequeñas parcelas del comportamiento social— que capten la complejidad y la contingencia de la sociedad. En palabras de J. A. Pérez Lledó, los *Critical Legal Studies* optan por una especie de bricolaje intelectual adaptando los más diversos elementos para su uso en prácticas teóricas a pequeña escala (1995, 138). Además, esta micro-metodología viene acompañada por una dimensión macro-relacionista, una gigantesca *Symploké* de hechos sociales que entiende que toda manifestación de la sociedad está íntimamente unida a las demás. A pesar del rechazo de la estrategia de las «grandes teorías» los *Critical* también apelan a la posibilidad de conexiones de gran alcance. Las «definiciones fragmentarias» de las que se valen, por utilizar la terminología de J. Wróblewski (1989, 118-119), son útiles —cuando lo son— para acotar ciertos márgenes de la sociología aplicada. Sin embargo, cuando pretenden afrontar una «definición holística» su fracaso es evidente.

Como todo está relacionado con todo y, cuando menos se espera, salta un certero diagnóstico sobre la realidad del derecho, cualquier método, cualquier análisis, cualquier factor, pueden ser datos válidos para elaborar una teoría de lo jurídico. La tendencia «pluralista» actual que ve en la Filosofía del Derecho una disciplina necesariamente interdisciplinar (A. J. Arnaud, 1989, 14) da rienda suelta a la santificación del *totum revolutum*. Por otra parte, dado que, en último término, de lo que se trata es de localizar las relaciones de poder y, para ello —si hemos de creer a Foucault— se precisa acudir al análisis microfísico del mismo, no resulta extraño que en el fondo asistamos al desenvolvimiento del principio de indeterminación. No existe ningún tipo de certidumbre. A lo sumo hay una probabilidad de hallar certeza en la investigación. Por ello, en esta corriente es frecuente encontrar impugnaciones a la distinción misma entre lo verdadero y lo falso. Como señala E. Lynch (1988), escudándose en que lo verdadero ha servido muchas veces como pretexto para la arbitrariedad, para el anatema o simplemente para racionalizar la intolerancia hacia otras modalidades discursivas que la filosofía desprecia, el conocimiento que aspira a la verdad ha sido equiparado al conocimiento que no ha conseguido derrotar sus propias ilusiones.

Así se constituye la amenaza del sociologismo iconoclasta.

#### IV. El *trialismo* panóptico

La segunda causa que, decíamos, impide una concreción clara de la temática propia de la Filosofía del Derecho es la cada vez más extendida concepción tridimensional del derecho. Si las reducciones ontológicas representaban un problema por lo que tenían de supresión del núcleo ontológico de la Filosofía del Derecho, la estipulación del concepto tridimensional del derecho implica no menos entuertos por razones a la vez similares y contrarias. En efecto, las reducciones eliminan la especificidad de la reflexión ontológica al hipostasiar las cuestiones derivadas de la Ontología en una sede que no le es propia. El concepto tridimensional del derecho, ahora lo veremos, elimina también el nervio ontológico —de ahí la similitud— pero operando de manera inversa; esto es, ampliando universalmen-

te la consistencia del concepto de derecho —y de ahí el antagonismo—.

La teoría trialista o tridimensional, formulada inicialmente por E. Lask (1946, 60 ss.) y G. Radbruch (1952, 20 ss.) y bautizada por H. Kantorowicz —aunque hoy se atribuya su autoría a M. Reale (1989, 69 ss.), en parte porque él mismo se arroga la primogenitura (1968, 5; 1989, 69)— es la expresión más acabada y más difundida del eclecticismo ontológico. Para E. Lask, que parte de los condicionamientos filosóficos de la escuela sudoccidental, en concreto de los elementos derivados de la «filosofía de la cultura», el fenómeno jurídico debe ser estudiado desde una perspectiva tripartita. En primer lugar, como realidad objetivo-normativa, como ciencia jurídica establecida mediante el método dogmático; en segundo lugar, como un hecho social, objeto de la sociología jurídica y cognoscible por mediación del método socio-teorético; y, por último, como un valor, objeto de la filosofía en aplicación del método crítico o axiológico (1946, 60).

De un modo similar, G. Radbruch —intentando superar el dualismo entre realidad y valor a que daba lugar la teoría neokantiana de Stammler— establece una triple dimensión del derecho. Así, al lado de la naturaleza y de la idea se hace necesario incorporar una referencia a la mediación cultural. De este modo aparecen tres formas diversas de enfocar el Derecho que dan lugar a otras tantas disciplinas. La consideración del derecho como hecho cultural genera la Ciencia del Derecho; la consideración del derecho como valor cultural da pie a la Filosofía del Derecho y, en último término, la consideración trascendente del valor da lugar a la filosofía religiosa del derecho (1952, 23). Siguiendo la misma línea de aproximación filosófica, también W. Sauer (1933, 12 ss.) distingue una triple perspectiva en la que se desglosa el concepto de derecho. La ciencia jurídica, la sociología y la filosofía de los valores serían los enfoques necesarios para captar la dimensión triádica de todo derecho; a saber, la realidad de las normas (forma), la realidad que recoge la vida social del derecho (materia), y la realidad de la justicia (valor).

A M. Reale se debe, para bien o para mal, el haber rescatado esta concepción —y no tanto «haberle dado una nueva conformación», como el autor pretende (1989, 69)—. Distingue Reale tres aspectos básicos del concepto de derecho, discernibles en cualquier

momento de la vida jurídica: «un aspecto *normativo* (el derecho como ordenamiento y su respectiva ciencia); un aspecto  *fáctico* (el derecho como hecho, o en su efectividad social e histórica) y un aspecto *axiológico* (el derecho como valor de justicia)» (1989, 69). En efecto, prosigue Reale, donde quiera que haya un fenómeno jurídico hay siempre necesariamente un hecho subyacente; un valor que confiere determinada significación a ese hecho y una regla que representa la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro —el hecho en el valor—.

En suma, la teoría tridimensional afirma que el derecho es al mismo tiempo hecho, norma y valor. La ontología del derecho se sustancia entonces en una extraña naturaleza trinitaria que todo lo abarca. En palabras de M. Reale el hecho, la norma y el valor «no existen separados unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta (...) esos elementos no sólo se exigen recíprocamente sino que actúan como los elementos de un proceso (...) de tal modo que la vida del Derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran» (1989, 69). Criticando este tipo de estrategia confusionista señala Ross con acierto: «El derecho es concebido al mismo tiempo como fenómeno observable en el mundo de los hechos, y como norma obligatoria en el mundo de la moral o de los valores, al mismo tiempo como físico y metafísico, como empírico y *a priori*, como real e ideal, como algo que existe y como algo que vale» (1961, 15). Por si fuera poco, no sólo se entremezclan tres nociones en un solo concepto, sino que incluso la relación entre ellas se ve enrarecida por una formidable «dialéctica de implicación-polaridad»: «según la dialéctica de implicación-polaridad aplicada a la experiencia jurídica, el *hecho* y el *valor* de la misma se correlacionan de tal modo que cada uno de ellos se mantiene irreductible al otro (polaridad), pero ambos son exigidos mutuamente (implicación), dando origen a la estructura *normativa* como momento de realización del Derecho» (M. Reale, 1989, 71).

Con este tipo de definición ontológica se cree solucionar el problema de la definición del derecho: como se comprende el fenómeno jurídico desde un punto de vista prácticamente cósmico será difícil no estar en lo cierto. Como si se tratase del *panopticon* benthamita, desde la atalaya tridimensional se percibe toda la realidad jurídica sin que nada escape a su interés ubicuo. Claro que si se pregunta

a los mentores triádicos qué es lo que no es el derecho, pronto nos percataremos de la inanidad de la teoría. No hay nada que el derecho no sea. Su ámbito agota las posibilidades de lo inteligible. De la misma manera que si se tratase de la segunda ley de la termodinámica, con la teoría tridimensional se aspira a alcanzar un orden en el caos.

Los eclécticos, por decirlo con Montaigne, tienen alquilados los oídos para oír todos los coros. Tanto más libres y más independientes cuanto más intacta está su capacidad de enjuiciar, los teóricos triádicos se han reservado extraordinaria ventaja en el combate habiéndose descargado del trabajo de cubrirse. A fuerza de encajar mandobles nada les golpea. Si prueban que nada se sabe a ciencia cierta todo va bien, pues en eso se cifra la complejidad del derecho que defienden; si no lo prueban, también, habida cuenta de que así, sobre un mismo asunto, encontrando razones iguales para posturas contrarias, sobre cada postura es más fácil suspender el juicio —algo que vuelve a incidir en ese fascinante carácter complejo de lo jurídico—. Los juicios que se derivan de la teoría tridimensional no son más que permanentes aplazamientos de la opinión y prórrogas del raciocinio.

De hecho es imposible que exista corriente doctrinal alguna que no encuentre acomodo en el amplio regazo que la teoría tridimensional nos brinda. El realista se acurruca en la parte fáctica de la definición —porque el derecho es hecho—; el iusnaturalista se contenta con el reconocimiento de la faceta justiciera —porque el derecho es valor— y, por último, el positivista encuentra solaz en la escrupulosa seriedad que representa el que se acoja en una definición del aspecto neutro y formal del derecho —porque el derecho es norma—. Basta con que las partes indeseadas de la definición se sobresean —se «polaricen», en la terminología de Reale— o se relacionen de modo marginal con el núcleo ontológico que se pretende defender —se «impliquen» de forma subsidiaria— para que la validez de la teoría tridimensional se mantenga. Sin embargo, no nos engañemos, la amplitud que exhibe esta refundición consensuada no es muestra de su fuerza explicativa, sino de su debilidad constitutiva. Desde este punto de vista transaccional y resignado, la teoría tridimensional es como la triaca máxima. Cuando una enfermedad no tenía cura conocida y se había perdido la esperanza en medicamento alguno, el

médico volvía a reunir todos los principios medicinales en una sola pócima —la llamada *triacá máxima*—, confiando en que tal vez alguno de ellos o una espontánea combinación entre varios de ellos originase la salud no lograda por otros medios. La *triacá máxima*, habiendo desesperado de la medicina, fue inventada por la frustración. La teoría tridimensional, de igual modo, parece surgir de la desesperación de no saber en qué consiste el derecho, y por ello mezcla en un mismo tarro todos los criterios de lo jurídico que se han utilizado con la esperanza de que su acción conjunta pueda servir de alivio a una Filosofía del Derecho valetudinaria por causa de la duda.

El desaliento intelectual que subyace a esta concepción se explica en buena medida por el escepticismo teórico que ha venido caracterizando el devenir de nuestra disciplina en los últimos años. La tentación de «pedir definiciones de las áreas del derecho o del estudio del derecho» se vence escudándose en la peligrosa posibilidad de que los intentos de definición «puedan estar, en el mejor de los casos, mal dirigidos, y en el peor, positivamente confundidos» (J. Finch, 1977, 11). Ante la amenaza del yerro se impone la comodidad de la indefinición. Así, se dice, el concepto de derecho «brota, más bien de la yuxtaposición y comparación de una variedad de análisis del derecho diferentes por su naturaleza pero en muchos casos iguales en mérito. La naturaleza del derecho es tal que es imposible delinear primero una categoría general a la que pertenezca y especificar después los rasgos distintos que lo acotan» (J. Finch, 1977, 13). Habida cuenta de que existen tantas definiciones de la Filosofía del Derecho como filósofos del derecho (P. Comanducci, 1989, 53), el intento de definición de la Filosofía del Derecho se considera, directamente, «una inútil pérdida de tiempo» (N. Bobbio, 1962, 1) sólo apta para la vana especulación metateórica. El hecho de que, como apunta E. di Robilant (1968, 14), la definición de la Filosofía del Derecho adopte con demasiada frecuencia un carácter abierto y convencional y, por tanto, se observe una extraordinaria multiplicidad de definiciones, no significa que pueda admitirse «una pluralidad de soluciones ninguna de las cuales puede ser considerada más exacta que la otra» (1968, 14) y que en consecuencia deba renunciarse al mantenimiento de un concepto verdadero en

pugna con otros conceptos rivales que, por el hecho de serlo, habrán de ser considerados incorrectos o ideológicos. No obstante, el trialismo ha alcanzado hoy una extraordinaria difusión y es una tendencia dominante. Los trabajos de M. Reale (1962; 1968) y García Máynez (1948) en el ámbito latinoamericano, M. Villey (1962) en Francia, Del Vecchio (1950) y Bobbio (1962; 1980) en Italia, Cabral de Moncada (1947) en Portugal y L. Recaséns, en España, son muestras de la incorporación generalizada de la teoría tridimensional.

Aunque esta concepción tridimensional no presenta demasiada consistencia teórica, al menos sí atesora dos méritos indudables. En primer lugar, ha puesto de manifiesto tres núcleos de problemas que la Filosofía del Derecho debe acometer. Si bien es cierto que como doctrina ontológica el trialismo es confusionista, como doctrina delimitadora del campo de estudio filosófico resulta bastante acertada. En segundo lugar, y esto es consecuencia de lo anterior, el trialismo ha creado un ámbito común de reflexión en torno a la Filosofía del Derecho —esto es, la ha convertido en un *tópico*— con la consiguiente limitación de los temas atinentes a la filosofía, antes completamente indiscriminados. Y es que con el paso del tiempo y la tremenda influencia de N. Bobbio —sólo con la influencia del tiempo podremos deshacernos del no siempre certero paso de Bobbio— parece que la disparidad temática se ha reconducido entre nosotros a una concepción tripartita. Existe una Teoría del Derecho o teoría del ordenamiento jurídico encargada de determinar el concepto de derecho, una teoría de la Justicia que investiga el conjunto de valores, bienes o intereses para cuya protección o incremento los hombres recurren a la técnica de convivencia en que consiste el derecho y, por último, una teoría de la ciencia jurídica que estudia los procedimientos intelectuales adoptados por los juristas para determinar, interpretar, integrar y conciliar entre sí las reglas de un sistema jurídico (Bobbio, 1962, 7-8). Como indica E. Díaz, «puede decirse que, en una u otra forma, con una u otra terminología, estas tres zonas de cuestiones son las que parecen proponerse, con mayor grado de convergencia entre los autores, como contenido de una filosofía jurídica actual» (1974, 264). Así, ciñéndonos al ámbito de la iusfilosofía española, M. Atienza (1975, 5), J. Brufau (1975, 16), E. Díaz (1974, 264; 1975, 50), F. Laporta, L. Hierro, V. Zapatero

(1975, 100), G. Peces-Barba (1983, 251), entre otros, participan de la visión tripartita de los temas propios de la Filosofía del Derecho.

Sin duda, decíamos, la concreción temática que apunta la teoría tridimensional es acertada. Sin embargo, dado que en realidad el trialismo no constituye propiamente una teoría ontológica —habida cuenta de que no proporciona una definición satisfactoria del concepto de derecho— se precisa sistematizar y jerarquizar el material que nos brinda de un modo un tanto aturullado. En este sentido acierta plenamente L. Legaz cuando afirma que a pesar de ser temas centrales de la Filosofía del Derecho tanto el estudio de la realidad del derecho como los valores del derecho o la Teoría de la Ciencia Jurídica es «la cuestión ontológica el problema fundamental de la Filosofía del Derecho» (1962, 133). Como decía Poulantzas, «no se puede hablar de nivel ontológico en el mismo sentido que de nivel económico, sociológico o político. Todos estos niveles presentan por igual un substrato ontológico, constituyen expresiones más o menos complejas, más o menos estructurales, de la condición del hombre-en-el mundo» (1965, 168). Así pues, sólo cuando concretemos un determinado concepto de derecho; esto es, una vez que acometamos la tarea ontológica, los temas de la Filosofía del Derecho se articularán conforme al núcleo óntico que se haya precisado. Los aspectos normativo, social y valorativo del derecho no tienen ni la misma trascendencia ni el mismo rango. Se podrá discutir cuál es la prelación o la peculiar relación de subsidiariedad entre ellos, pero de ninguna manera puede admitirse que, a la hora de precisar el concepto de derecho y la Filosofía del Derecho que de él se deriva, concurran todos ellos en pie de igualdad. La disolución entrópica es, sin duda, un cómodo expediente. Pero lo que es consuelo para la pereza es insulto para la inteligencia.

#### B I B L I O G R A F I A

- AARNIO, A. (1997), *Reason and Authority. A treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*. Hampshire, Ashgate Publishing Limited.
- ADOMEIT, K. (1984), *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid, Civitas.

- ALEXEEV, S. (1993), *El socialismo y el Derecho*. Moscú, Progreso.
- ALEXEY, R., y DREIER, R. (1990), «The concept of Jurisprudence», en *Ratio Juris*, núm. 1.
- ARNAUD, J. A. (1989), «Essai d'une définition stipulative du droit», en *Droits, Définir la Droit*, núm. 10.
- ATIENZA, M. (1975), «Ontología del Derecho versus Metafísica del Derecho», en: *La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15.
- BAGOLINI, L. (1962), «Philosophie du Droit et Théorie Générale du Droit», en: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.
- BATTIFOL, H. (1962), «Qu'est-ce que la Philosophie du Droit», en: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.
- BOBBIO, N. (1962), «Nature et fonction de la Philosophie du droit», en: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.
- (1980), *Contribución a la Filosofía del Derecho*. Valencia, Fernando Torres.
- BOYLE, J. (1985), «The politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought», en: *University of Pennsylvania Law Review*, 133.
- BRANDSFORD, J. M., y JOHNSON, M. K. (1972), «Contextual Prerequisites for Understanding. Some Investigations of Comprehension and Recall», en: *J. verb. learn. verb. beah*, núm. 11.
- BRUFAU, J. (1975), «Algunas consideraciones acerca de la Filosofía del Derecho y de sus planteamientos actuales», en: *La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15.
- CABRAL DE MONCADA, L. (1947), *Filosofía do Direito e do Estado*. Coimbra, Amado.
- CAPELLA, J. R. (1995), «Democratización y neonaturalismo», en: *Doxa*, núm. 17-18.
- COMANUCCI, P. (1989), «Su Hart», en *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*. P. Comanducci y R. Guastini (eds.), Vol. II, Torino, Giappichelli Editore.
- DELGADO PINTO, J. (1975), «Los problemas de la Filosofía del Derecho en la actualidad», en: *La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15.
- DIAZ, E. (1974), *Sociología y Filosofía del Derecho*. Madrid, Taurus.

- (1975), «Legitimidad crítica y pluralismo ideológico», en: *La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15.
- DREIER, R. (1978), «Concepto y función de la Teoría General del Derecho», en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 52.
- ELLMANN, R. (1988), *Oscar Wilde*. London, Penguin.
- FINCH, J. (1977), *Introducción a la teoría del derecho*. Barcelona, Labor.
- FRANK, J. (1968), *Derecho e incertidumbre*. Buenos Aires, Centro editor de América Latina.
- GARCIA AMADO, J. A. (1990), «Algunas consideraciones sobre la Filosofía del Derecho y su posible sentido actual», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII.
- (1994), «La Filosofía del Derecho y sus temas. Sobre la necesidad de la teoría del Derecho como sucedáneo», en *Persona y Derecho. El estatuto de la Teoría del Derecho*, Vol. I, núm. 31.
- GARCIA MAYNEZ, E. (1948), *La definición del derecho: Ensayo de prospectivismo jurídico*. México D.F., Stydo.
- GIL CREMADES, J. J. (1985), «La Filosofía del Derecho en España (1960-1985)» en: *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, núm. 25.
- GONZALEZ VICEN, F. (1977), *La Filosofía del Derecho de Ludwig Knapp*, en: *Filosofía y Derecho, Homenaje al Profesor José Cortés Grau*, Tomo I, Valencia, Universidad de Valencia, Secretariado de Publicaciones.
- (1979a), «La Filosofía del Derecho como concepto histórico», en: *Estudios de Filosofía del Derecho (1979)*. La Laguna, Universidad de La Laguna.
- (1979b), «El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea», en: *Estudios de Filosofía del Derecho (1979)*. La Laguna, Universidad de La Laguna.
- GUASTINI, R. (1984), «Introduzione all'analisi del linguaggio normativo», en: S. Castignone, R. Guastini y G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del Diritto*. Génova, ECIG.
- HERAUD, G. (1962), «Qu'est-ce que la Philosophie du Droit», en: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.



- HERNANDEZ MARIN, R. (1989), *Teoría General del Derecho y de la Ciencia Jurídica*. Barcelona, PPU.
- (1993), «Concepto de la Filosofía del Derecho», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, X.
- HABERMAS, J. (1987), *Teoría de la acción comunicativa* (II vols.). Madrid, Taurus.
- HORMANN, H. (1982), *Querer decir y entender*. Madrid, Gredos.
- KAUFMANN, A. (1992), «Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en: A. Kaufmann (et al.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid, Debate.
- KELSEN, H. (1962), «Qu'este-ce que la Philosophie du Droit», en: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.
- LAPORTA, F., HIERRO, L. y ZAPATERO, V. (1975), «Algunas observaciones sobre la situación de la Filosofía del Derecho en la actualidad», en: *La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15.
- LASK, E. (1946), *Filosofía Jurídica*. Buenos Aires, Martínez Paz.
- LEGAZ LACAMBRA, L. (1962), «Qu'este-ce que la Philosophie du Droit», en: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.
- LEVY-BRUHL, H. (1962), «Qu'este-ce que la Philosophie du Droit», en: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.
- LOPEZ MEDEL, J. (1975), «Sentido y función de la Filosofía del Derecho en la actualidad», en: *La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15.
- (1976), *Introducción al Derecho. Una concepción dinámica del Derecho Natural*. Madrid, Fragua.
- LYNCH, E. (1988), «El conocimiento falso», en: *Los cuadernos del norte*, núm. 48.
- MARINA, J. A. (1998), *La selva del lenguaje. Introducción a un diccionario de los sentimientos*. Barcelona, Anagrama.
- MARTINEZ ROLDAN, L. y FERNANDEZ SUAREZ, J. A. (1997), *Curso de Teoría del Derecho*. Barcelona, Ariel.
- MILLS, C. W. (1981), *La imaginación sociológica*. México, FCE.
- MONTORO BALLESTEROS, A. (1975), Significado y función de la teoría fundamental del derecho, en: *La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15.
- NAWIASKY, H. (1962), *Teoría General del Derecho*. Madrid, Rialp.
- OLLERO, A. (1975), «Una filosofía jurídica posible», en: *La Fi-*

- losofía del Derecho en España, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15.
- OPOCHER, E. (1983), *Lezioni di Filosofia del Diritto*. Padova, Cedam.
- PATTARO, E. (1980), «Trent'anni di studi di filosofia giuridica», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, junio.
- PECES-BARBA, G. (1983), *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid, Debate.
- PEIDRO, I. (1975), «La Filosofía del Derecho: su por qué y para qué», en: *La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15.
- PERENIC, A. (1989), «Concilier les dimensions essentielle et existentielle du droit», en *Droits, Définir la Droit*, núm. 10.
- PEREZ LLEDO, J. A. (1995), «Critical Legal Studies y el comunitarismo», en: *Doxa*, núm. 17-18.
- POULANTZAS, N. (1965), *Nature des choses et Droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*. Paris, LGDT.
- PRIETO SANCHIS, L. (1987), «Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV.
- PUY, F. (1975), «El sentido de mi filosofar: tres introspecciones», en: *La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15.
- RADBRUCH, G. (1952), *Filosofía del Derecho*. Madrid, RDP.
- REALE, M. (1962), «La philosophie du droit et les formes de la connaissance juridique», en: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.
- (1968), *Teoria Tridimensional do Direito*. Sao Paulo, Saraiva.
- (1989), *Introducción al Derecho*, Madrid, Pirámide.
- RECASENS SICHES, L. (1936), *Estudios de Filosofía del Derecho*. Barcelona, Bosch.
- (1978), *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México, Porrúa.
- ROBILANT, E. di (1968), *Modelli nella teoria generale del diritto*. Bologna, Il Mulino.
- ROBLES, G. (1988), *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid, Debate.
- RODRIGUEZ ARIAS, L. (1985), *Filosofía y Filosofía del Derecho*. Bogotá, Temis.

- ROSS, A. (1961), *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica en el dualismo en el derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- SAUER, W. (1933), *Filosofía jurídica y social*. Barcelona, Labor.
- SCHLICK, M. (1993), «El viraje de la filosofía», en: A. Ayer, *El positivismo lógico*. Madrid, Fondo de Cultura Económica.
- SEARLE, J. R. (1997), *La construcción de la realidad social*. Barcelona, Paidós.
- TREVES, R. (1962), «Qu'este-ce que la Philosophie du Droit», en: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.
- UHLENBECK, E. M. (1963), «An appraisal of Transformation Theory», en: *Lingua*, núm. 12.
- VECCHIO, G. del (1950), *Lezioni di filosofia del diritto*. Milano, Giuffré.
- VILLEY, M. (1962), «Qu'este-ce que la Philosophie du Droit», en: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.
- WROBLEWSKY, J. (1989), «Problèmes méthodologique pour définir le droit», en: *Droits, Définir le Droit*, núm. 10.

## CHILE: LA FALTA DE RECONOCIMIENTO UNA LECTURA HEGELIANA

ENZO SOLARI A. \*

### I

Filosofía y política han vivido relaciones un tanto traumáticas. Sócrates es el paradigma de este trauma. Platón y Heidegger son ejemplares por sus desgraciados fracasos en la política vivida, pese a la virtualidad práctica de sus ideas. Locke, Russell y Arendt, en cambio, representan al intelectual que no sólo piensa con radicalidad los problemas políticos, sino que también se destaca por la lucidez práctica y la responsabilidad ética con las que se desenvuelve en su circunstancia política particular. La ética de Aristóteles, a su turno, es un ejemplo ambiguo por las dos interpretaciones a que da lugar: según una de ellas, excluyente, la vida política es una posibilidad secundaria de felicidad frente a la posibilidad primaria y por excelencia que es la vida teórica; según la otra interpretación, inclusiva, la vida feliz supone el cultivo de las virtudes éticas en el marco de la *pólis*, amistades, fortuna, ciertos bienes materiales mínimos y una dedicación —dentro de las posibilidades humanas—

---

\* El autor, Profesor en el Departamento de Filosofía y Humanidades de la Universidad Alberto Hurtado, deja constancia de que este texto —acabado en mayo de 2001— fue preparado para su lectura y discusión ante un público no especializado en filosofía, gracias a una invitación de la Universidad Católica del Norte, sede Antofagasta, en julio de 2001.