

Recepción: 20/08/2012  
Aceptación: 10/09/2012

Jean-Pascal Chazal\*

## Filosofía del derecho y teoría del derecho, o la ilusión científica\*\*

*Traducción del Dr. Eduardo Carzolio*

RESUMEN. — La filosofía del derecho y la teoría del derecho son dos materias recientes desde la perspectiva de la historia. Resulta interesante inclinar la atención sobre las causas y circunstancias de su nacimiento, por cuanto ambas mantienen estrecha relación con el concepto de derecho, el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica y la metodología de los juristas.

« Mefistófeles: [...] *Ateneos, sin temer,*

*A las palabras, y abierta*

*Veréis la más fácil puerta*

*En el templo del saber.*

Estudiante: *Mi inexperiencia confieso:*

*Una idea hallar creí*

*En cada palabra.*

Mefistófeles: *¡Oh, sí !...*

*Mas no os apuréis por eso,*

*A lo mejor del pensar*

*Falta una idea en mal hora,*

*Y una palabra sonora*

*llena muy bien su lugar.*

*Con palabras cada día*

*Doctamente discutís.*

*Con palabras construís*

*La más hermosa teoría [...]. »*

Goethe, *Fausto*, escena del Gabinete de estudio,

( trad. Teodoro Llorente).

\* *Profesor de Universidades en L'Ecole de droit de Sciences Po, France*

\*\* Comunicación al seminario del CERCRIID, de fecha del 9 de junio de 2000, intitolado *Las relaciones entre dogmática jurídica, doctrina y teoría del derecho.*

[Los subrayados y los destaques en negrita son de carácter didáctico: no pertenecen al texto original. N.T.]

Actualmente, la reflexión sobre el derecho ya no se puede articular alrededor de una oposición absoluta, como una alternativa irreductible, entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. Por cierto, hay todavía autores que plantean el debate en esos términos, pero no es más que un combate de palabras,<sup>1</sup> que sirve para etiquetar las opiniones adversas, para caricaturizarlas. Así resulta fácil fustigar la estrechez de miras de los positivistas o la vagarosa metafísica de los partidarios del derecho natural. En realidad, cada bando no se ocupa mucho de encontrarse con su adversario, y más que un diálogo constructivo a menudo se prefiere el monólogo –saturado de neologismos. A esa altura, la discusión se vuelve imposible, pues las palabras aparecen vacías de contenido a fuerza de haber sido llenadas de significaciones dispares. A esto se une otra tendencia detestable que consiste, mucho más que en intentar aprehender el pensamiento de los autores en toda su complejidad, en exponer de modo simplista su doctrina con tal de causarle mayores estragos. O asimismo, basta que una crítica sea formulada contra una de las dos grandes concepciones del derecho (iusnaturalismo o positivismo) y se alzarán defensores que harán valer la diversidad de las sensibilidades en el interior de una misma corriente y replicar que la crítica en cuestión no afecta más que a una cierta concepción, en verdad caricaturesca, del movimiento atacado. Si no es que simplemente se le opone una definición estipulativa, cuyo efecto es encerrarse en un soliloquio confortable. Semejantes al inmortal Proteo de la Odisea quien, cuando se pretende atraparlo para que entregue sus secretos, no cesa de metamorfosearse en una serie de monstruos, tomando incluso las apariencias inaprehensibles del fuego y del agua, iusnaturalismo y positivismo se transforman sin freno cuando se busca coger su sustancia por el esfuerzo de la dialéctica.

Los trabajos de **Michel Villey** han permitido exhibir que había, en la historia del pensamiento jurídico, muchas concepciones del derecho natural muy diferentes unas de otras. Para simplificar, es posible distinguir entre la concepción clásica, tal y como la enseñasen **Aristóteles** y **Tomás de Aquino**; la de la escuela moderna del derecho natural (**Grotius**, **Pufendorf**, **Wolf**, **Burlamaqui**, etc); la influenciada por el neo-kantismo, que ha dado el famoso “derecho natural de contenido variable” (**Stammler**, **Del Vecchio** y, en cierta medida, **Gény**); y, en fin, la concepción neo-tomista (**Dabin**). Similar pluralidad existe en el seno del positivismo. Es muy difícil encontrar elementos susceptibles de reunir bajo idéntico estandarte el voluntarismo jurídico (**Scot**, **Hobbes**, **Bentham**, **Austin**, **Carré de Marlberg**); la escuela de la exégesis francesa (en tanto esta escuela haya existido); el normativismo (**Kelsen**); las corrientes sociológicas (**Ehrlich**, **Gurvitch**, **Duguit**, **Cardozo**, **Pound**); la teoría analítica del derecho (Hart, Bobbio, Guastini); el realismo americano (**Holmes**, **Bringham**, **Franck**, **Llewellyn**, **Cohen**); el realismo escandinavo (**Hägerström**, **Olivecrona**, **Ross**); y, en fin, el institucionalismo (**Hauriou**, **MacCormick**, **Weinberger**)<sup>2</sup>. En cuanto se diga que esta presentación no exhaustiva resulta, por una parte, simplista, pues cada autor puede resultar alineado a diversas corrientes, y, por otra parte, arbitraria, pues cada corriente se compone de autores en desacuerdo entre sí, o inclusive, en virulenta oposición, se estará comprobando que no existe uno sino diversos positivismos. Ello sin tomar en cuenta que ciertas concepciones jurídicas elaboradas por los positivistas son comunes a ciertos autores de inspiración iusnaturalista y que, entre aquellos que se proclaman positivistas, algunos son acusa-

dos de iusnaturalistas disfrazados: *id est*, **Ross** que tacha a la obra de **Kelsen** de pseudo-positivismo.<sup>3</sup> Y tampoco unas tales acusaciones son una prerrogativa de los positivistas, puesto que se encuentran igualmente en el campo adversario: ¿o acaso **Michel Villey** no ha calificado a los herederos de la escuela moderna del derecho natural de “*pseudo-iusnaturalistas*”?<sup>4</sup>

A la oposición radical entre clanes, o escuelas, resulta oponible, a su vez, un cruce transversal, sincrético. **Bobbio**, por ejemplo, explica —no sin provocación, que: “*en el plano ideológico, donde ninguna vacilación es posible, soy iusnaturalista. En el plano del método, soy positivista con igual convicción. Finalmente, en el plano de la teoría del derecho, no soy ni lo uno ni lo otro.*”<sup>5</sup> Otros autores, que se nombran a sí mismos, de manera ambigua: pos-positivistas, también procuran superar la división o ruptura tradicional con la finalidad de renovar la reflexión atinente a los fundamentos del razonamiento jurídico.<sup>6</sup> La ambición de este movimiento, que parece adoptar una andadura pacificadora, es la de arribar a una teoría jurídica integral, o global, sin escoger entre las corrientes doctrinales existentes —cada cual afectada de imperfecciones incontestables— por la vía de reunir los elementos más aceptables de cada una de ellas. La idea de partida resulta juiciosa, sensata: la cuestión crucial es la del método. **Bobbio** ha tenido razón al distinguir tres aspectos diferentes del positivismo jurídico, independientes unos de otros: la ideología, la teoría y “el modo de apropiación del estudio del derecho” (que **Bobbio** no asimila al método).<sup>7</sup> Aunque muchos de sus representantes se defiendan, el positivismo, o, mejor, algunas doctrinas positivistas, han padecido críticas perentorias en cuanto a la ideología (culto del Estado, obediencia de los súbditos) y a la teoría (reducción del derecho a la ley, el juez que no hace más que aplicarla mecánicamente) que ellas vehiculizan. Es verdad que en el transcurso de la segunda mitad del siglo XX varios errores fueron erradicados, borrados ciertos excesos, lo cual demuestra la plasticidad extraordinaria de esta heteróclita corriente de pensamiento. Hoy por hoy, los autores están contestes en que es la cuestión metodológica, incluso epistemológica, la que resulta discriminante. Algunos, la mayor parte, reivindicando para sí el positivismo, quieren aplicar al derecho el método que toman prestado de las ciencias de la naturaleza, erigidas éstas en modelo insuperable de conocimiento. En términos generales, de lo que se trata, para ellos, es de establecer una distinción entre el derecho y la ciencia del derecho, con el propósito de llegar, mediante el uso del método empírico y descriptivo, al conocimiento de un sistema lógico y coherente de reglas, despojado del influjo de los valores sociales, de los fines del derecho y de la moral.<sup>8</sup>

En esta perspectiva, la utilización de la expresión “*teoría del derecho*” o “*teoría general del derecho*”, en el emplazamiento y lugar de la tradicional “*filosofía del derecho*”, no resulta neutra; revela a menudo (no siempre) la opción epistemológica del autor que ubica su doctrina bajo dicha denominación. El siglo XX ha conocido una floración de escritos de teoría del derecho. Están, por supuesto, las obras de **Kelsen** (*Théorie pure du droit*, 1re éd. 1934, 2e éd. 1960; *Théorie générale du droit et de l'État*, 1945; *Théorie générale des normes*, 1979), de **Roubier** (*Théorie générale du droit*, 2e éd. 1951), **Dabin** (*Théorie générale du droit*, 2e éd. 1969), de **Haesert** (*Théorie générale du droit*, 1948), **Friedmann** (*Théorie générale du droit*, 1965) y de **Bergel** (*Théorie générale du droit*, 3e éd. 1998). Evidentemente hay un efecto de moda que explica, al

menos en parte, esta proliferación; moda que, por otro lado, se invierte hacia el fin del siglo XX con la aparición de obras tituladas *Philosophie du droit* de **Batiffol** (1960), de **Villey** (T. I, 1975 et T. II, 1979), de **Atias** (1999) y de **Oppetit** (1999).<sup>9</sup> Téngase presente que, detrás del efecto de moda, están las opciones fundamentales operadas por los autores, de suerte que el título de la obra no es fruto del azar. Y que también es verdad que las referidas opciones no son todas idénticas. De tal manera, **Dabin**, **Roubier** y **Vergel** no se adhieren a la concepción kelseniana de la ciencia del derecho. Sin embargo, existe un punto en común entre las obras de Teoría del Derecho: una oposición más o menos marcada respecto de la filosofía del derecho. Respecto de ello la explicación recurrente es que filosofía del derecho y teoría del derecho se oponen, o, más exactamente, constituyen dos materias distintas, autónomas, irreductibles la una a la otra. Las razones por las cuales estas dos expresiones fueron forjadas, resultan en este aspecto, plenas de enseñanzas. Para conocerlas, es preciso estudiar su nacimiento, operado por la escisión de la materia jurídica (**I**). A la vez, la competencia a la cual se entregan, tanto como las dificultades que una y otra enfrentan en aras de afirmarse cada cual de manera clara y sólida, revelan la profunda unidad de la materia jurídica (**II**).

## I.- LA ESCISIÓN DE LA MATERIA JURÍDICA

La prudencia es de rigor cuando se ha de proponer una cronología. No obstante, podría afirmarse sin ambages que la filosofía del derecho haya aparecido poco antes que la teoría. Este nacimiento, que se puede fechar en el siglo XIX, es el fruto de una escisión –secesión o desmembramiento— en el seno de la materia jurídica, acaecida cuando cobra particular pujanza el enfoque de su dimensión técnica (**A**). El nacimiento de la teoría del derecho, en cuanto tal, no es más que una consecuencia de dicha escisión, y conlleva una tripartición (**B**).

### A.- *Secesión: nacimiento de la filosofía del derecho*

En el origen, los juristas no sentían necesidad de distanciamiento respecto a la materia de la cual ellos eran los conocedores. No por falta de espíritu crítico o de capacidad de reflexión, sino porque la filosofía era, y se sentía, como consustancial al derecho; lo cual no resultaba incompatible con el estatuto de ciencia otorgado a éste. **Cicerón** (*De oratore*, I, 88 a 192) es el primero, bajo la influencia de la filosofía griega, en concebir el designio de organizar el derecho en arte,<sup>10</sup> es decir, definiendo los términos de manera racional, distinguiendo géneros y especies, subsumiendo éstas bajo un mismo género en función de sus caracteres comunes. Este método es el de las ciencias de la naturaleza. Ahora bien, la definición del derecho lleva, en la obra de **Cicerón**, una fuerte coloración filosófica: “*aquí es preciso, entonces, plantear el fin del derecho civil: tal es, en los diversos casos que enfrentan a los ciudadanos, observar fielmente la equidad, según las leyes y los usos y costumbres*”.<sup>11</sup> No hay contradicción entre organizar el derecho como ciencia y considerar que su finalidad es la búsqueda de lo justo, de lo equitativo. En la época, la cien-

cia no es más que sinónimo de saber estructurado, y, por ende, la forma más alta del conocimiento humano. Esta senda y orientación ha de perpetuarse en manos de los juristas. Así, **Ulpiano** (D. I.1.10.2) define la jurisprudencia como el conocimiento de las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y lo injusto. La tarea del jurisprudente —calificado como sacerdote— es la de ejercer la justicia llevando a cabo la operación de discernir y dar a entender qué es lo justo y bueno —en la vida de la ciudad—, sabiendo apartar lo equitativo de lo inicuo, distinguir lo lícito de lo ilícito (D. I.1.1.1). **Ulpiano** da término al fragmento estableciendo precisamente que esta labor constituye la verdadera filosofía (*veram philosophiam*).

La filosofía participa entonces de la esencia de la materia jurídica, es inherente al saber del jurista, constituye su invención. Según **Cujas** “*Jus est scientia aequi et iniqui, vel ars. Ars enim est eorum quae sciuntur*». <sup>12</sup> Para **Charondas le Caron**, la jurisprudencia, definida como la “*ciencia o la sabiduría civil*”, es la parte principal de la filosofía moral. <sup>13</sup> **Domat**, en el prefacio de su libro *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, evoca la “*ciencia del derecho natural*”, sin notar logomaquia alguna en la expresión. Cuando **De Ferrière** define, al modo romano, la jurisprudencia como “*la ciencia de lo que es justo y lo que no lo es*”, <sup>14</sup> o cuando **Portalis**, en el *Discours préliminaire*, califica en repetidas ocasiones a la jurisprudencia como ciencia, es en el sentido amplio de conocimiento organizado racionalmente. <sup>15</sup> Igual es el caso de **Merlin** quien, retomando el *Repertoire de Guyot*, define la jurisprudencia como “*la ciencia del derecho*”. <sup>16</sup> Aún hacia el comienzo del siglo XIX los trabajos de los jurisconsultos se gestaban nutridos de moral cristiana y de filosofía antigua y medieval. Y la técnica jurídica heredada de Roma era vivificada sin que el derecho perdiera su estatuto de ciencia. Esta fusión entre el derecho y la filosofía no fue completamente olvidada a lo largo del siglo XIX. Se descubren aún sus trazas en ciertos autores como **Oudot**, para quien la filosofía no es un accesorio del derecho, sino su fondo y su identidad. <sup>17</sup> Este autor consagra las primeras lecciones de su curso a la filosofía y proclama que: “*el jurisconsulto, verdaderamente digno de este nombre, debe escoger entre Aristóteles y Platon, entre Vico y Herder, entre Domat, que deduce lo justo del amor al prójimo, y Bentham que lo deduce del amor a sí mismo*”. <sup>18</sup> Se percibe, en una frase así, el peso de la tradición en la que el jurista era llamado sabio o filósofo. <sup>19</sup> Sin embargo, esta profesión de fe suena ya como un canto del cisne. Dos factores van a resultar fatales para esta concepción unitaria del derecho: por un lado, el positivismo legalista (1), y por otro lado, el positivismo científico (2).

### 1.- El papel del positivismo legalista.

Para comprender la desmembración o secesión histórica del derecho y la filosofía del derecho, se hace necesario regresar a la enseñanza de **Kant** quien, hacia las postrimerías de su vida, incorpora el derecho a sus reflexiones de filosofía crítica llevándolo a comparecer ante el tribunal de la razón. Desde la introducción de su *Doctrina del Derecho*, <sup>20</sup> el maestro de Königsberg propone la pregunta “¿*Qué es el derecho?*” (¿*Quid jus?*), a la que distingue de la pregunta “¿*Qué es de derecho?*” —o: ¿*cuál es la solución jurídica?* (¿*Quid juris?*)). **Kant** se vale de esta distinción para mos-

trar que la pregunta *¿Quid jus?* no puede recibir una respuesta valedera sino investigando, mediante el uso de la razón, el criterio universal de lo justo y de lo injusto, sin preocuparse por las leyes en vigor en un lugar y un tiempo determinados; lo que él llama la “legislación empírica”. Aparentemente, **Kant** no se ha alejado de sus predecesores que siempre creían indispensable reflexionar acerca de lo justo: “*Una ciencia simplemente empírica del derecho (como la cabeza de madera de la fábula de Fedro) es una cabeza, que puede ser hermosa, pero padece de un indudable mal: no tiene cerebro*”.<sup>21</sup> En rigor, subyace aquí una ruptura fundamental de orden epistemológico, puesta en evidencia en el *Conflicto de facultades*.<sup>22</sup> Según **Kant**, el jurista debe contentarse con buscar lo justo en las leyes oficialmente promulgadas; y es al filósofo a quien le corresponde la tarea de criticar, en nombre de la razón, las leyes existentes. No resulta anodino que **Kant** haya sido el primer autor que realiza una distinción entre la regla moral y la regla jurídica.<sup>23</sup>

Esta división del trabajo habrá de alcanzar un considerable suceso. A partir del siglo XIX, la filosofía del derecho queda, de hecho, reservada a los filósofos, mientras los juristas, salvo raras excepciones, se limitan a la técnica. Ciertamente es que la filosofía kantiana encontró terreno fértil en la doctrina francesa del siglo XIX. En efecto, los autores de esa época, quienes, contemplando la codificación napoleónica, mostrábase muy inclinados a sacralizar la ley, pronto se satisficieron con la nueva repartición de tareas. **Demolombe**, por ejemplo, denunció la confusión operada por algunos juristas entre el derecho, de un lado, y del otro, la moral. Este autor indica que el objeto de estudio del jurisconsulto es la ley, es decir, la regla sancionada por el poder público, y reprocha a **Duranton** y a **Proudhon**, por calificar como preceptos de derecho, los que son preceptos morales o filosóficos.<sup>24</sup> En lo que concierne al estatuto jurídico del derecho natural, **Demolombe** se opone a **Demante**: niega que pueda ser jurídicamente obligatorio con independencia de la ley positiva: “*¿No es eso acaso razonar como filósofo, como moralista más que como jurisconsulto? ¿No es mezclar y confundir ciencias diversas, vecinas e incluso, sin duda, aliadas, pero distintas y, por lo tanto, muy diferentes, y que no proponiéndose el mismo fin, no deben mirarse desde el mismo punto de vista? El jurisconsulto, en efecto, no debe adherirse a un modelo más o menos perfecto, a un tipo más o menos ideal; no debe considerar las reglas de las acciones humanas a priori, de manera abstracta, absoluta, especulativa, sino en relación con el estado actual de la sociedad, sus necesidades, sus costumbres y con las propias leyes positivas que la gobiernan.*”<sup>25</sup> ¡Es exactamente la doctrina de **Kant**, aunque **Demolombe** no lo diga expresamente!

Esta doctrina ha influido aún más fácilmente a los autores franceses en cuanto ella se correspondía a su propia definición del derecho. **Kant**, como los intérpretes del Código Civil, vincula indisolublemente el derecho a la coerción; y el criterio de distinción entre el derecho y la moral es el carácter externo o interno de tal coerción. “*Del mismo modo que el derecho en sentido general tiene como objeto aquello que es exterior en las acciones, el derecho en sentido estricto, quiero decir, aquello que está exento de todo lo que es moral, es el derecho que no exige más que principios de determinación exteriores al arbitrio.*”<sup>26</sup> **Mourlon** utiliza el mismo tipo de argumento para excluir el derecho natural del territorio del derecho: “*el derecho natural se confunde con la moral*” y “*esta distinción entre derecho natural y derecho positivo no es útil, sino cuando*

*se habla científicamente; a la jurisprudencia no le aporta ningún elemento práctico. Para el jurisconsulto, el abogado, el juez, sólo un derecho existe, el derecho positivo.*"<sup>27</sup> He aquí cómo queda justificada, por el propio jurista, la reducción del entorno de sus competencias e investigaciones. De ahí en adelante, es el filósofo el encargado de la reflexión sobre el derecho. En cuanto al jurista, se satisfará, salvo escasas excepciones, con algunas alusiones dispersas y breves a la filosofía del derecho presentes en el Código civil.<sup>28</sup> A este respecto, resulta interesante subrayar el cambio sustancial que afecta a la definición del derecho y de la jurisprudencia. Lo que otrora fuera el arte de lo bueno (justo) y equitativo (*jus est ars boni et aequi*, enseñaba **Celsius**), a partir del siglo XIX se ha convertido en un conjunto de reglas coercitivas; y no sin pasar por las nebulosas ansiedades de una abundante polisemia. Paralelamente, la jurisprudencia ha dejado de ser la ciencia (el conocimiento) de lo justo y de lo injusto, para convertirse en "*ciencia de las leyes*".<sup>29</sup> Esta transmutación no es inocente: permitirá al derecho aspirar a la calidad de ciencia experimental: la que estudie objetivamente las leyes existentes. ¡No está lejos el normativismo! De este modo hemos arribado a una inversión completa de perspectivas, porque según **De Ferrière** "*la justicia es una virtud, El Derecho es la práctica de esa virtud, y la jurisprudencia la ciencia de ese Derecho.*"<sup>30</sup> En pocos decenios, el jurista ya no es el prudente que sabe distinguir lo justo de lo injusto; se ha convertido en un legista que informa sobre las leyes positivas (únicas que en adelante existen jurídicamente), tanto como el físico informa sobre las leyes de la naturaleza.

## 2.- El papel del positivismo científico.

La atracción de las matemáticas y las ciencias experimentales no proviene del siglo XIX. Por ejemplo, ya **Pufendorf** concebía la posibilidad de "*conferir al Derecho natural la forma de una ciencia rigurosa todas cuyas partes se mantienen unas a otras y derivan unas de otras*",<sup>31</sup> y admitía asimismo un principio de certeza en las ciencias morales gracias a la utilización del silogismo demostrativo.<sup>32</sup> "*La moral, que tiene por objeto la regularidad o la irregularidad de las conductas humanas [...], está apoyada sobre fundamentos inquebrantables, de donde se pueden extraer verdaderas demostraciones, capaces de producir una ciencia sólida.*"<sup>33</sup> De manera característica, **Barbeyrac**, traductor del *De Jure Naturae et Gentium*, cita en su prefacio un pasaje del *Ensayo sobre el entendimiento humano* de **John Locke**, en el cual éste afirma que no duda de la posibilidad de deducir de "*unas proposiciones evidentes por sí mismas, las verdaderas medidas de lo Justo y de lo Injusto, por medio de consecuencias necesarias y tan incontestables como las que empleamos en las matemáticas.*" Esta tendencia se intensifica en el siglo XIX. **Touiller** enseña: "*se entiende por ciencia un encadenamiento de verdades fundadas sobre principios evidentes por sí mismos o sobre demostraciones, una colección de verdades de una misma especie, ordenadas en un orden metódico*".<sup>34</sup> El derecho fue de este modo comparado a las ciencias de la naturaleza. Así, para **Alfred Jourdan**, "*las ciencias morales [...]* no proceden de otro modo que las ciencias naturales"<sup>35</sup> **Ernest Roguin** puede, a la par, ser citado: "*Nosotros estudiamos el derecho desde un punto de vista analítico y sintético, como el químico estudia el cuerpo que des-*

*compone y clasifica [...] Por su propia naturaleza, nuestras conclusiones son, salvo error, tan rigurosas como las de las ciencias de los cuerpos materiales.*"<sup>36</sup> **Picard**, en *El derecho puro* (1908), explicaba que "el derecho es una ciencia natural como la botánica o la zoología, una ciencia de hechos susceptibles de observación, y no un conjunto de conceptos cerebrales". Se trata de una total inversión metodológica y epistemológica, de la cual se siente –sentimos– todavía hoy, los efectos. Olvidando las enseñanzas de **Aristóteles**, el jurista se esfuerza por llegar a creer en la pertinencia general, para su disciplina, del silogismo demostrativo. Pretende que por la vía de someter la materia jurídica al razonamiento hipotético-deductivo, ésta alcanzará el rango de las ciencias modernas.

De manera que, hacia la mitad del siglo XIX, la fascinación por las ciencias llamadas modernas alcanza su paroxismo, al punto de impresionar a los juristas, empero tan aferrados a su tradición. La eclosión del positivismo científico, iniciado por **Auguste Comte**, se halla en la base del evento. Por entonces, se expande e intensifica la idea de que el único conocimiento científico verdadero deriva de la observación de hechos perceptibles, y de que todo otro conocimiento está desprovisto de valor. Las ciencias experimentales, mediante sus métodos, llegan a ser el único parangón de todo saber. Las ciencias morales deben de imitarlas so pena de ser desterradas a las tinieblas de la historia. Ahora bien, puesto que los valores, tales como lo justo y lo injusto, no pueden plegarse a los métodos experimentales, resulta forzoso abandonarlos a la metafísica. El positivismo científico va a dar, pues, al cientismo o científicismo metafísico ("tendencia a creer que la ciencia resolverá los problemas que antes concernían a la metafísica") y metodológico ("tendencia a considerar al método propio de las ciencias físico-químicas como el único valedero también en otros dominios").<sup>37</sup>

La filosofía, que en el siglo XVIII aún era el alma del derecho, se ve bruscamente separada de él. Es verdad que, aún después **Kant**, los juristas se interesarán todavía por la filosofía. Resultaría suficiente citar las obras de **Lerminier** (*Philosophie du droit*, 1831) **Belime** (*Philosophie du droit*, 1843), **Oudot** (*Premiers essais de philosophie du droit*, 1846), **Beudant** (*Le droit individuel et l'État*, 1891) y **Boistel** (*Cours de philosophie du droit*, 1899). Pero no se puede dejar de destacar que la reflexión crítica ha sido expulsada de las obras técnicas, en las cuales se expone el derecho positivo, para verse alojada en libros especializados. Por añadidura, este interés persistente de los juristas por la filosofía viene a enmascarar, en los hechos, un mar de fondo en sentido contrario. Si **Belime** puede aún contentarse con subtítular su *Philosophie du droit : Cours d'introduction à la science du droit*, **Boistel**, en cambio, se ve constreñido a reaccionar contra la opinión que se expande a fines del siglo XIX, según la cual la metafísica no es una ciencia dado que su objeto de estudio escapa al conocimiento y no puede proveer a la inteligencia de ninguna certeza.<sup>38</sup> Esta resistencia se demuestra vana porque el curso de Filosofía del derecho a cargo de **Boistel**, en la Facultad de derecho de París, fue suprimido al cabo de seis años. Por otra parte, es revelador que el autor haya creído su deber subrayar la temeridad del emprendimiento en el prefacio de su obra. Era el anuncio de un declive del estudio, por cuenta de los juristas, de la filosofía del derecho. Como si la filosofía constituyese una traba para el acceso del derecho al rango

de las ciencias modernas. Así lo piensa y expresa **Valette**: “*todo ese lujo de metafísica no puede significar ganancia alguna para los verdaderos progresos de la ciencia del derecho.*”<sup>39</sup> Esta opinión excesiva acarreará sin tardanza una reacción, o más exactamente unas reacciones contradictorias, generándose una tripartición.

## **B.- Secesión y tripartición: nacimiento de la teoría del derecho**

### **La ruptura**

Se considera que es en el siglo XX, por razones que conviene desvelar, que emerge la expresión nominativa *Teoría del Derecho*. Generalmente se data su aparición en 1926, cuando la creación en **Brno** de la *Revista internacional de la teoría del derecho*. Sin minimizar la importancia de dicho acontecimiento, es posible testimoniar el uso de la expresión desde el siglo XIX. Así, **Boistel**, cita el libro de **Belime** señalando que “*contiene también la teoría general del derecho*”<sup>40</sup> No es difícil comprender el sentido de esta fórmula —que el autor no ha juzgado del caso aclarar—, sin duda por estimar que iba de suyo. Puede ser que la manera en que los juristas de la época se servían del vocablo ‘teoría’, resulte susceptible de brindar una explicación. Citemos los subtítulos del tratado de **Toullier**: “*Obra en la cual se ha tratado de reunir la teoría y la práctica*”, y del curso de **Marcadé**: “*Explicación teórica y practica del Código Civil francés*”. Echa de verse que el término ‘teoría’ es aquí utilizado por oposición al de ‘práctica’ del derecho, para subrayar las relaciones que unen la facultad y los tribunales; y que, aquí, ‘teoría’ designa la enseñanza o el estudio abstracto del derecho. Todo conduce a creer que, por ‘teoría del derecho’, **Boistel** entendía el estudio de la materia jurídica en su generalidad. El segundo tomo del libro de **Belime**, consagrado enteramente a la exposición del derecho de las personas, la propiedad, las sucesiones, las obligaciones, los contratos especiales, las pruebas judiciales y la prescripción, rinde verosímil esta explicación. Este uso del término ‘teoría’ en el sentido de amplia síntesis explicativa, en oposición a las doctrinas y sistemas personales, se acerca al propuesto por **Claude Bernard** en su *Introducción al estudio de la medicina experimental* (1865).<sup>41</sup> Y está marcando ya, en cierta medida, la atracción de las ciencias experimentales, en cuanto portador de connotaciones laudatorias.

En 1912, aparece una obra titulada *Ensayo sobre la teoría jurídica y su función*, cuyo autor es **Paul Condomine**. Para este autor ‘teoría’ es sinónimo de sistematización especulativa, “*una vasta construcción del espíritu*” (p.81). Se trata, de hecho, de una crítica a la teoría jurídica. Según **Condomine**, la teoría jurídica choca contra dos escollos: por un lado, la preocupación por la armonía empuja al teórico a deformar la realidad (“*de sirviente, la estética se ha convertido en ama*”) y, por otro lado, el abuso de abstracción lleva al teórico a observar la proposición, que él mismo ha planteado, como si estuviera modelada exactamente sobre la realidad. El autor rescata, sin embargo, la teoría, limitándola a tres funciones: clasificar las soluciones, formalizar un ámbito de controversia, discusión, entendimiento y conciliación, y, en fin, permitir la adecuación

del derecho positivo a las costumbres y a las aspiraciones morales. Por medio de esta tercera función, el autor se opone a **Emmanuel Lévy**,<sup>42</sup> quien se rehusaba a integrar en la ‘teoría’ a la política jurídica, motivado en que esta última no es una ciencia mientras que el derecho aspira serlo: “*permitamos –alega **Condorine**— a la teoría jurídica una parte de hipótesis, es decir, un poco de arte y de filosofía. De este modo podrá quizá albergar una idea-fuerza*” (p.160).

Lo menos que se puede decir es que **Kelsen** barrió sin cuidado la antedicha aspiración. Cuando crea, en 1926, la *Revista internacional de la teoría del derecho*, uno de sus móviles era el de oponerse a la filosofía del derecho, considerada inseparable de las tesis iusnaturalistas.<sup>43</sup> Aunque **Roguin**, en 1923, había publicado *La ciencia jurídica pura*<sup>44</sup>, de la cual excluía los valores, los teóricos del derecho acuerdan situar en la obra de **Kelsen** la verdadera ruptura epistemológica.<sup>45</sup> La oposición entre filosofía del derecho y teoría del derecho revela en **Kelsen** una opción metodológica deliberada: los autores que reivindican la enseñanza de la filosofía del derecho suelen ser adeptos al derecho natural. Sus obras son las sucesoras de los tratados de derecho de la naturaleza y de gentes, en boga en el curso de los siglos XVII y XVIII, aunque muy pocas llevasen, desde algún tiempo atrás, tales denominaciones –en razón de la connotación peyorativa del derecho natural, entre los juristas, a partir de mediados del siglo XIX.<sup>46</sup> La asimilación de la filosofía del derecho a las tesis jusnaturalistas incita a **Kelsen** a escoger la expresión ‘teoría pura’ para señalar su rumbo en la materia. En su prefacio de 1934, explica qué entiende por teoría pura del derecho: “*una teoría exenta de toda ideología política y de todo elemento relativo a las ciencias de la naturaleza [...] Mi objetivo ha sido desde el principio el de elevar la teoría del derecho [...] al rango de una verdadera ciencia.*” Por otra parte, la primera edición de la *Teoría pura del derecho* lleva el subtítulo: “*Introducción a la ciencia del derecho*”. No se podría ostentar mejor las pretensiones científicas del novedoso enfoque. De ahí en más la distinción entre la ‘filosofía del derecho’ y la ‘teoría general del derecho’ no impone dificultades particulares pues cada una funciona en recinto cerrado: “*la filosofía del derecho busca responder a la pregunta de qué reglas debe el derecho adoptar o establecer, o en otros términos: su objeto específico es el problema de la justicia [...] Por el contrario, la teoría general del derecho tiene por objeto el derecho tal como es de hecho, efectivamente, es decir, el derecho positivo.*”<sup>47</sup> Determinados partidarios de la teoría general del derecho son más radicales aún que **Kelsen** y reclaman el enterramiento de ese cadáver, que es el derecho natural, con la finalidad de mirar, sin remordimientos, a una joven ‘*Teoría del derecho*’ sustituir a una ‘*filosofía del derecho*’ “*polvorienta y perimida*”.<sup>48</sup> La expresión teoría del derecho se convierte de esta suerte en el estandarte de los adversarios del derecho natural.

Los teóricos del derecho desean establecer una compartimentación entre su ‘ciencia’ y la filosofía del derecho<sup>49</sup>. Claro que la línea de separación se muestra variable según los autores, y resulta imposible ofrecer una representación completa de las múltiples divergencias sobre este asunto; aunque, simplificando, podemos proponer dos puntos de ruptura con la filosofía del derecho: en lo que se refiere al fondo, la teoría general del derecho está construida sobre el dogma de la neutralidad axiológica, y, en el plano del método, no reconoce como pertinente más que el empirismo descriptivo, que parte del postulado de que una ciencia debe ser necesariamente dis-

tinta de su objeto de estudio. Evidentemente, tales dogmas y métodos forman un todo indisoluble que es necesario captar y comprender globalmente.

Según este programa, la teoría pura, que constituye una teoría general del derecho<sup>50</sup>, “*se propone única y exclusivamente conocer su objeto, es decir, establecer qué es el derecho y cómo es*”.<sup>51</sup> Esta exclusión de la política jurídica y de las teorías de la justicia recuerda la distinción propuesta por **Bentham** entre la descripción del derecho positivo y la teoría de la legislación. Obviamente, si el derecho se ve reducido a una pura técnica, y la reflexión crítica se ve desplazada hacia la filosofía, ¿cómo el estudio de un objeto del cual los juicios de valor han sido excluidos, podría ser otra cosa que descriptivo? Asimismo, podría adelantarse la hipótesis de que la teoría pura del derecho no ha podido ser concebida sino a partir del momento en que su objeto de estudio se viera depurado de la filosofía que lo gangrenaba.<sup>52</sup> El derecho, que ya no es la búsqueda de lo justo, sino un conjunto de reglas positivas, se torna susceptible de exposición descriptiva. La teoría del derecho, que declara asumir esta función puramente descriptiva, resulta a modo de una consecuencia espontánea de la separación de derecho y filosofía; por lo mismo, la ‘teoría’ accedería al prestigioso estatus de ciencia experimental.

El dogma de la neutralidad axiológica del derecho se explica por la ambición de constituir una verdadera ciencia jurídica sobre la base del modelo de las ciencias de la naturaleza o de las matemáticas. Por cierto que esta ambición estaba presente ya en el siglo XVII, entre los autores del **derecho natural moderno**. Pero la ambición científica de estos autores se hallaba sobrecargada por los valores pretendidamente inmutables y universales que recorrían toda la trama de su sistema. Ahora bien: contra ellos se alega entonces que la noción de valor es inseparable de la subjetividad de quien formula un juicio de tal naturaleza, y que ello es incompatible con el estatus moderno de las ciencias, que se suponen apodícticas o analíticas, en sentido aristotélico. Resulta muy perceptible, en esta alegación, la innegable influencia de **Auguste Comte**, para quien, el verdadero conocimiento, no puede fundarse sino en el estudio del mundo exterior, “*considerando [en cambio] como absolutamente inaccesible y carente de sentido [...] la investigación de las que pudieran considerarse causas primeras, o finales*”.<sup>53</sup> Ocurre que la filosofía positiva se opone a la moral, a la metafísica, y estima que sólo la nuda realidad es accesible al conocimiento humano.<sup>54</sup> El punto es muy importante porque los valores son considerados extraños a la realidad, en cuanto requieren un juicio ético, una apreciación del bien y del mal. Igualmente se detecta el influjo del **Círculo de Viena**, que en la primera mitad del siglo XX erige a la verdad de las proposiciones como postulado supremo de la ciencia.<sup>55</sup> Esto es lo que ha de llamarse positivismo lógico, cuya tesis central reputa como no científico lo que no pueda ser objeto de verificación. Para los pensadores de esta corriente, cuyas ideas inspiraron a **Kelsen**, las tesis metafísicas resultan vacías y despojadas de sentido, en cuanto no pueden ser demostradas formal ni empíricamente.

Este dogma del positivismo lógico, está preñado de consecuencias para la ciencia jurídica. Y se lo debe reunir con la denuncia del ‘paralogismo naturalista’, que consiste en la operación de extraer una norma (*deber ser*) de un enunciado descriptivo. **Hume**,<sup>56</sup> llega a estigmatizar en los

sistemas de moralidad, la tendencia criticable en ciertos autores respecto de pretender deducir de unas premisas neutras unas proposiciones estimativas o apreciativas. Y niega la posibilidad de fundar un sistema moral en una ontología. Esto es lo que se conoce como la imposibilidad lógica de pasar del *Is* (*lo que es*) al *Ought* (*lo que debe ser*): o sea, inferir una regla de conducta de una descripción del ser. **Kant** lo había generalizado en el plano epistemológico cuando enseñaba que la *razón teórica* se expresa en el modo indicativo, por medio de juicios sobre la realidad (*Sein*), en tanto que la *razón práctica* se expresa en imperativos (*Sollen*). Ahora bien: para **Kant** queda excluida la posibilidad de predicar un enunciado apreciativo sobre la realidad. **Kelsen**, por su parte, hace de dicha distinción la piedra de toque de su sistema, y aunque declara la imposibilidad de definir precisamente los términos *Sein* y *Sollen*, afirma que esta distinción es “*un dato inmediato de nuestra consciencia.*”<sup>57</sup> Y precisa **Kelsen**: “*el dualismo del ser y del deber ser coincide con el dualismo de la realidad y el valor. En efecto, no podemos inferir de la realidad ningún valor ni del valor ninguna realidad.*”<sup>58</sup> Esta oposición entre ser y deber ser, hecho y valor, se vincula con el postulado fundamental de la teoría pura del derecho, a saber, que la ciencia debe ser distinguida de su objeto. Más precisamente aún, el derecho (las normas jurídicas) es el objeto de la ciencia del derecho.<sup>59</sup> Ahora bien, mientras que el orden jurídico está compuesto por normas, esto es: *Sollen*, la ciencia del derecho que lo describe contiene proposiciones de derecho. Las normas son válidas o no válidas, en tanto que las proposiciones de derecho son verdaderas o falsas. “*A pesar de que la ciencia del derecho tenga por objeto normas jurídicas, y en consecuencia, los valores jurídicos estén fundados por ellas, sus proposiciones son, sin embargo, al igual que las leyes naturales de la ciencia de la naturaleza, una descripción de su objeto exenta de cualquier apreciación de valor.*”<sup>60</sup>

**Kelsen** no incurre en el yerro de querer construir una teoría del derecho sobre el modelo de las ciencias de la naturaleza.<sup>61</sup> La ciencia jurídica no tiene por objeto los hechos sino las normas. Y por su parte, éstas no existen sin relación con valores. Pero ha acaecido una inversión completa de perspectiva: al contrario de la tesis promovida por los jusnaturalistas, no son los valores los que fundan las normas sino las normas las que fundan los valores.<sup>62</sup> Para **Kelsen**, el derecho no puede ser la ciencia de lo justo como lo concibieron los romanos, pues la justicia no puede ser definida racionalmente, esto es, fundada científicamente sobre la experiencia.<sup>63</sup> El derecho ahora ya no es un fin, sino simplemente un medio, una técnica de organización social: de manera que el derecho ha sido instrumentalizado. Y es contra esta nueva situación que se rebelarán determinados autores, dando lugar a diversas modalidades de resistencia, sin que ello implique un retorno al pasado.

## 2. — *La resistencia.*

La repartición kantiana de competencias entre el filósofo y el jurista engendró enseguida una muy seria dificultad, inherente a cualquier especialización excesiva de los conocimientos: mutuo aislamiento, incompreensión recíproca. En general, los filósofos habrían de privilegiar un estudio del derecho “*despojado de su aparato técnico, con el pretexto de mejor atender a lo esencial*”,<sup>64</sup>

es decir, un enfoque metafísico, desconectado de la realidad jurídica, y, por ende, inútil para los juristas.<sup>65</sup> Éstos, a su vez, por una suerte de tropismo, procuran reapropiarse de la reflexión sobre el derecho. Pero ahora ya no pueden integrarla directamente en sus manuales, que están dedicados casi exclusivamente a la descripción del derecho positivo. Es verdad que los manuales y cursos de introducción al derecho contienen fragmentos o alusiones dedicados a la filosofía del derecho, pero se trata de breves incursiones, tímidas y superficiales, seguramente en razón del destino didáctico de este género de trabajos. También, algunos juristas han concebido el proyecto de escribir obras cuyo objeto principal fuese la reflexión sobre el derecho. Por humildad, y por precaución de desmarcarse de la metafísica, a menudo han preferido titular sus libros: *Teoría general del derecho*. Claro que, desde esta óptica, teoría general del derecho no es sino filosofía del derecho..., vista por los juristas. De esta manera, que se fue configurando una forma de resistencia. **Chaïm Perelman** lo ha comprendido muy bien desde que se pregunta si: “*la expresión ‘teoría general del derecho’ no es una reacción contra la filosofía del derecho concebida como una filosofía aplicada al derecho y no como nacida de una reflexión sobre el derecho*”.<sup>66</sup> Se trata, como se ve, de desalojar el término filosofía del vocabulario para atribuir a la teoría general las investigaciones que incumben a la filosofía<sup>67</sup>, y “*hacer filosofía del derecho, de incógnito*”,<sup>68</sup> desde el interior de la materia jurídica.

El ejemplo de **Paul Roubier** es tópico. Veamos lo que escribe en el prólogo de su *Teoría general del derecho*: “*Aunque la mayor parte de los temas tratados en este libro sean estudiados en general en las obras llamadas de ‘filosofía del derecho’, hemos preferido no utilizar ese título para esta obra. La razón es que, a juicio de los propios juristas, la filosofía del derecho forma parte de la filosofía, y que por lo mismo debe permanecer en el ámbito de los filósofos. [...] En otras palabras, este libro no es obra de un filósofo sino de un jurista.*” Está claro, pues, que para el autor la filosofía del derecho y la teoría general del derecho poseen ambas el mismo objeto, y sólo diverge su respectivo punto de vista. En otras palabras: el autor rechaza para su libro la denominación “*Filosofía del derecho*” sólo y únicamente porque se halla convencido de la realidad de la compartimentación entre los dominios del conocimiento. El subtítulo que ha escogido resulta, en este aspecto, muy revelador: “*Historia de las doctrinas jurídicas y filosofía de los valores sociales*”. De ahí que no sorprenda que **Roubier** critique a **Kelsen** por su emprendimiento insustentable de construir un sistema puramente técnico, y por fuera de cualquier fundamento político.<sup>69</sup> La senda asumida por **Jean Dabin** es similar cuando se aplica a justificar el título de su obra.<sup>70</sup> El autor reconoce voluntariamente que “*la búsqueda por penetrar en la naturaleza del derecho positivo es labor filosófica*”. Pero subraya que en los libros consagrados a la filosofía del derecho “*uno se encuentra mucho más con filosofía que con derecho*” y duda de la utilidad de este tipo de obras para el jurista, en tanto sus autores, filósofos de formación “*probablemente jamás han abierto un código, una selección de jurisprudencia o un libro de derecho*”. Para **Dabin**, tanto como para **Roubier**, la opción del título no obedece solamente a consideraciones prácticas y contingentes: “*La razón por la que hemos preferido el título ‘teoría general del derecho’ –al de filosofía del derecho– ha sido evitar confusiones y que la filosofía del derecho per-*

*diese contacto con su objeto inmediato para disolverse en filosofía pura.*” El autor advierte que, en virtud de la predicha opción, no entiende suscribirse al normativismo de la Teoría pura del derecho de **Kelsen**, sino “*intentar una exploración en profundidad, auténticamente filosófica, del concepto de derecho.*” Al contrario de **Kelsen**, **Dabin** no concibe para la ciencia jurídica la posibilidad de ocultar los valores: “*una teoría del derecho vista desde el ángulo filosófico, tiene que ser capaz de rendir cuentas no solamente del elemento formal o normativo, sino del contenido del derecho, tanto más en cuanto que, en la especie, fondo y forma no dejan de actuar de continuo lo uno sobre lo otro.*” **Roubier** es de la misma opinión: “*el derecho reposa en último análisis sobre una filosofía de los valores*”.<sup>71</sup>

Ha sido a través de la Teoría general del derecho que los juristas han logrado reapropiarse de lo que los filósofos habían reivindicado para sí, y que los primeros habían dejado inconsideradamente en manos de los segundos. El aspecto positivo ha sido una innegable revitalización del pensamiento jurídico. Pero no hay que soslayar que no se trata sino de un engañoso retorno al estado anterior. Pues la sola existencia de la teoría general, como materia autónoma, obstaculiza una reasunción plena de la reflexión crítica sobre el derecho en las obras de carácter técnico. En otras palabras, la presencia de la teoría del derecho da crédito a la idea, falsa empero, de que la técnica se basta a sí misma, o, en todo caso, que ella podría, desde una perspectiva práctica y utilitaria, considerarse dispensada de los procesos reflexivos y axiológicos. En tanto suceda que la teoría del derecho sea tratada en obras *ad hoc*, por cuenta de autores especializados, no resultaría oportuno mezclarla con el estudio del derecho positivo. A lo sumo se le consienten unas pocas páginas en los manuales o algunos minutos en los cursos de introducción al derecho. Bien que ha fustigado **Villey** esta pseudo-filosofía de los manuales de derecho civil, cuya dictadura hunde a los lectores en la ignorancia.<sup>72</sup> Tales críticas, por muy severas que parezcan, muestran sólidos fundamentos. Pues no resulta satisfactorio ni suficiente amagar ciertos destellos de filosofía del derecho al inicio de los estudios... si enseguida se atiborra a los estudiantes con unas técnicas pretendidamente puras y unas soluciones prefabricadas o predispuestas (*prêt-à-porter*). En fin, el caso es que actualmente puede verse a la técnica jurídica y la teoría del derecho convivir en mutua ignorancia una de la otra, como si la segunda no tuviera ningún influjo determinante sobre la primera. E igualmente ocurre entre la filosofía del derecho y la teoría del derecho, que hay quienes piensan que pueden coexistir sin interferencias o interpenetración. En rigor, ese propósito se da de bruces contra la indivisible unidad del derecho.

## II. — LA UNIDAD DE LA MATERIA JURÍDICA

Como hemos mencionado, la teoría del derecho no configura sino una reacción contra la filosofía del derecho, la aparición de la una no ha sido sino una consecuencia de la aparición de la otra. ¿Estaríamos en presencia de dos materias antinómicas, que funcionarían cada cual en vaso ocluido? Contrariamente a la filosofía del derecho, la teoría del derecho lleva consigo la pretensión de constituir una ciencia positiva del derecho, esto es, neutra en el plano axiológico y fun-

dada sobre el método empírico-descriptivo. Pero, así concebida, esta ciencia no es más que una quimera (A). Si se descarta la ilusión científica, o más exactamente cientista o científicista, se comprueba que, en rigor de verdad y realidad, los valores son inherentes al derecho, y por lo mismo a la ciencia que lo desee por objeto. Además, un estudio del derecho que se quiera realista, no puede hacer abstracción de la dimensión activa del saber jurídico. Éste no está destinado a la pura especulación, sino volcado sobre la acción. Rehusándose, pues, a negar la realidad, se hace posible concebir una ciencia práctica del derecho (B).

### A. — *Una ciencia quimérica*

#### 1. — *El espejismo técnico.*

A fines del siglo XIX, **Gény**, proponía aplicar al derecho la distinción filosófica entre lo dado y lo construido.<sup>73</sup> Solamente lo dado, proveniente de la naturaleza de las cosas, es objeto de conocimiento. Lo construido, en cambio, es objeto de la voluntad. Por ende, la ciencia conoce lo primero, mientras que lo segundo incumbe a la técnica. Evidentemente una tal representación se encuentra muy próxima de la adoptada por **Kelsen**, salvo que para el adalid del normativismo todo el derecho es construido (un *constructo*) puesto que se reduce al derecho puesto por el hombre. Por sus postulados, el positivismo legalista se ve constreñido a desplazar el objeto de la ciencia jurídica hacia la técnica. **Virally** lo ha comprendido perfectamente, al punto de subrayar que, para **Kelsen**, el derecho es una técnica social.<sup>74</sup> Pero esta visión conlleva o deriva de un reduccionismo. Es verdad que el derecho contiene una innegable dimensión técnica, pero dicha dimensión no es lo esencial del derecho. **Virally** resalta que, en las otras disciplinas, la técnica no es el objeto de la ciencia, sino solamente su aplicación. Hay un error, entonces, en reducir el derecho “*a no ser más que un conjunto de procesos y procedimientos, mecanismos, instrumentos*”.<sup>75</sup> Error que persiste inclusive cuando la teoría del derecho tiende hacia la generalidad y no se limita al estudio de un sistema jurídico particular.

La teoría del derecho, así concebida, genera el inconveniente de crear una separación artificial entre la filosofía del derecho de los filósofos, que a menudo no es sino una filosofía sobre el derecho, y la filosofía del derecho de los juristas, apodada teoría general para evitar la confusión de géneros. Pero, hay que notar que si se recorta de la filosofía general, el jurista que reflexiona sobre el derecho reduce importunamente su campo de investigación. La exclusión de toda metafísica no es menos criticable que el abuso de metafísica. Por ejemplo, cuando **Ripert** estudia los vínculos entre derecho y moral, la referencia a la filosofía de **Aristóteles** hubiera podido enriquecer su reflexión y fortalecido su tesis. Tampoco se puede sostener seriamente que el derecho lleva por finalidad la justicia, la seguridad, o la utilidad sin referirse a los trabajos de **Tomás de Aquino**, **Hobbes** y **Bentham**. O, en fin, ¿cómo comprender la noción de derecho subjetivo sin conocer la *querella de los universales*, y **Occam**, y las teorías del *contrato social*? De manera general, “*hoy se comprueba que la filosofía del derecho ha perdido mucho de su antiguo prestigio; y es de la-*

*mentar puesto que todo orden jurídico reposa en definitiva sobre una representación global del hombre y la sociedad, acerca de lo cual únicamente la filosofía nos puede instruir*".<sup>76</sup>

Con todo, es en cuanto al método que el aislamiento de las disciplinas se hace sentir con mayor rudeza. A las obras de teoría general se les hace muy difícil renunciar a la exposición dogmática que caracteriza —por desgracia, muy a menudo— la enseñanza del derecho. Escuchemos, por un instante, la vigorosa crítica que **Michel Villey** dirigiera a la *Teoría General* de **Jean Dabin**, cuya lectura no recomendaba a causa del método empleado por el autor: "*es mucho más (el método) de un jurista que el de un filósofo. La doctrina se desenvuelve lógica y autoritaria; las soluciones enumeradas en párrafos, se imponen con la certidumbre de los artículos del Código Civil; hay poco lugar para el verdadero diálogo o la discusión, y siempre, en cambio, soluciones rígidas.*"<sup>77</sup> Por cierto que **Jean Dabin**, a su turno, respondió que asumía plenamente esa su "*filosofía de jurista*" que, según él, aporta al "*derecho jurídico*" (*sic*) mucha más luz que la que los filósofos del derecho podrían emitir.<sup>78</sup> Sin embargo de ello, "*no se debe olvidar jamás que la verdadera filosofía se origina siempre en la duda metódica*"<sup>79</sup>, "*esa punta de diamante siempre horadante*", en palabras de **Alain**.<sup>80</sup> Ahora bien, la filosofía del derecho mucho se beneficia y gana si no desiste del método dialéctico, puesto en boca de **Sócrates**, en los célebres Diálogos, y teorizado por **Aristóteles**, en los *Tópicos*. Después de todo, la dialéctica es método común a filósofos y juristas, natural punto de convergencia entre ambos.

## 2. — *La imposible neutralidad axiológica.*<sup>81</sup>

La teoría pura del derecho está, a despecho de las negativas de **Kelsen** y sus epígonos, repleta de consideraciones filosóficas, lo más a menudo, presupuestas. So pretexto de describir un objeto puro, **Kelsen** las asesta bajo forma de postulados. Lo mismo sucede con la distinción kantiana del *Sein* y el *Sollen* que actúa el papel de prisma deformante de la realidad, ofreciendo la ilusión de estudiar un objeto puro. De manera que el pensamiento de **Kelsen** no es neutro sino militante, por más que tal cosa no plazca a sus seguidores. Por otra parte, desde el principio, el autor lo confiesa incidentalmente: "*la Teoría pura se opone del modo más neto a los teóricos que reniegan de la teoría trascendental de Kant y del positivismo jurídico*"<sup>82</sup> Atención: pues de este modo mientras el autor aduce el designio de construir su objeto sobre los principios de pureza y neutralidad, asume el riesgo de no traducir la realidad —lo cual constituía, empero, su objetivo declarado. Puede advertirse, entonces, en el desarrollo del pensamiento kelseniano, una contradicción que reside en una voluntad de describir objetivamente la realidad tras haber implantado sobre ella una filosofía *a priori*. **P. Amselek** le ha formulado una crítica similar a propósito de los principios de ausencia de contradicción y de lagunas en el orden jurídico, reprochándole de haber pasado "*de la teoría pura del derecho a la teoría de un derecho puro.*"<sup>83</sup> Otro ejemplo, cuando **Kelsen** afirma que el derecho es, en todo lugar y siempre, un orden de la conducta humana, *id est*, un "*sistema de normas cuya unidad radica en el hecho de que la validez de todas ellas tiene el mismo fundamento*"<sup>84</sup> está emitiendo un juicio no solamente apreciativo y no descriptivo sino,

además, no conforme a la realidad.”<sup>85</sup> Con mayor generalidad, **Lenoble** y **Ost** explican: “*Allí donde Kelsen se imagina describir el derecho tal como es, en realidad realiza una reconstrucción, que se podrá, en función de sus propias premisas teóricas, calificar de desnaturalización de la realidad jurídica.*”<sup>86</sup> Esta reconstrucción arbitraria se ha vuelto necesaria en virtud de la pretensión de haber querido describir un objeto puro que, en la realidad, para nada lo es.

El sistema de **Kelsen** está, además, afectado sobremedida por una paradoja intrínseca que **M. Troper**, entre otros, ha puesto a plena luz:<sup>87</sup> O bien, primera rama de la alternativa, las normas son entidades ideales, como lo eran para **Kant**, *et ergo* ninguna ciencia de las normas es posible. En efecto, según **Kant**, la normatividad es una Idea de la razón inaccesible para la razón pura práctica; “*la racionalidad de lo normativo no se deja conocer (erkennen) sino únicamente pensar (denken).*”<sup>88</sup> De un modo más jurídico, **M. Troper** explica que si la norma es más bien una entidad ideal, y no un hecho, es imposible aplicarle el principio de “verdad-correspondencia”. Además, parece que **Kelsen**, al menos en un primer período, adopta una concepción hylética de las normas (del griego *hylé*, que significa materia, por oposición a una “concepción expresiva”), según la cual la norma es una prescripción y no un hecho empírico, un simple acto de voluntad. Ahora bien, “*las proposiciones de derecho son juicios hipotéticos que enuncian que respecto de un cierto orden jurídico, nacional o internacional, dado al conocimiento jurídico, si ciertas condiciones definidas por ese orden son realizadas, ciertas consecuencias que él determina deben tener lugar.*”<sup>89</sup> De manera que, una proposición de derecho es verdadera si aparece conforme a la norma que describe, o sea, si expresa el contenido de ésta. Pero, “*para poder decir que una norma tiene tal o cual contenido, se ha de interpretarla y comprenderla*”<sup>90</sup>, lo cual es incompatible con el procedimiento científico que postula la neutralidad axiológica. O bien, segunda rama de la alternativa, la norma es un hecho empírico, que se reduce al acto de voluntad de la autoridad que la produce. En esta concepción, llamada “expresiva”, las normas pueden ser el objeto de una ciencia depurada de todo juicio de valor. Pero, ya no estamos en presencia de una ciencia del derecho sino de una ciencia social. Para resumir “*o bien la ciencia del Derecho de Kelsen lleva consigo valoraciones y no es una ciencia, o bien ella es una ciencia, pero no ciencia jurídica.*”<sup>91</sup>

Para sacar a la ciencia del derecho de este callejón sin salida, **M. Troper** propone distinguir, inspirado probablemente en la teoría de **Alf Ross**<sup>92</sup>, dos tipos de enunciados: los enunciados sobre las normas **en vigor** y los enunciados sobre la norma **aplicable**: se denomina en vigor la norma cuya “*significación está determinada por la decisión emanada de una autoridad capaz de dar una interpretación auténtica*”. Describir las normas en vigor es precisamente el objeto de la ciencia jurídica. En cuanto a la norma aplicable, es aquella de la que “*el acto del cual ella es la significación, todavía no ha sido interpretado*”. Esta norma aplicable no puede ser descrita en tanto todavía no existe; está a la espera de una interpretación auténtica. Y éste sería el papel asignado a la dogmática jurídica “*buscar y establecer cuáles son las normas aplicables*”. Esta es una práctica normativa que ocupa a los prácticos *lato sensu* (abogados, jueces, doctrina). Y esto es, *mutatis mutandis*, lo que decía **Kelsen**: “*la interpretación no puede hacer otra cosa ni más que extraer las significaciones posibles de las normas jurídicas*”.<sup>93</sup> En esta presentación únicamente

la actividad puramente descriptiva de la normas en vigor puede aspirar al estatuto de ciencia. Las proposiciones que emanan de dicha actividad pueden ser verificadas —*a contrario* de las que emanan de la dogmática—, porque las primeras son neutras en el plano axiológico.

¿Qué pensar de un tal sistema? ¡La idea que acude inmediatamente al espíritu es que la ciencia del derecho se reduce a muy poca cosa! ¿Cuál es el interés de esta ciencia cuyo papel se reduce a la reproducción de la interpretación auténtica de normas, o dicho de otro modo, de las normas en vigor? Tan poco interés que **M. Troper** se ha anticipado a la crítica adjudicando dos tareas a la ciencia del derecho: enunciar las proposiciones de derecho que describen el conjunto de las interpretaciones de las leyes e igualmente el proceso de interpretación. Pero este contraataque es débil. En primer lugar, la explicación de **M. Troper** presenta el inconveniente de dar a la expresión '*dogmática jurídica*' un sentido nuevo e inhabitual. En efecto, generalmente la dogmática jurídica se ha definido como "el ámbito de la ciencia del derecho consagrado a la interpretación y sistematización de las normas jurídicas."<sup>94</sup> Este sentido general parece, además y por otra parte, conforme al sentido original del vocablo dogmática, utilizado —aparentemente— por vez primera, por **Ihering** en 1857, para designar el estudio objetivo (es decir, sin discusión de su valor), de las normas jurídicas, siguiendo el modelo de la dogmática teológica, que trata de los dogmas religiosos.<sup>95</sup> Sin contar con que, además, para determinados autores, la dogmática jurídica significa lo contrario de lo que propone **M. Troper**. Es el caso, por ejemplo, de **F. Ost** y **M. van de Kerchove**, para quienes la dogmática, en sentido estricto, "consiste en el estudio sistemático de un orden jurídico particular", por oposición a la doctrina, que "ejerce una función práctica de fuente complementaria de derecho."<sup>96</sup> ¿Acaso es sensato crear un nuevo caso de polisemia en el lenguaje jurídico?

En segundo lugar, la crítica principal no es de orden semántico, sino fundamental: concierne a la ciencia del derecho. Y esta crítica es doble. Por una parte, uno puede no quedar seducido por el procedimiento estipulativo según el cual es la voluntad de construir una ciencia del derecho lo que conduce a escoger (o construir) un objeto susceptible de ser descrito por esa misma ciencia.<sup>97</sup> ¿Es posible admitir esta especie de voluntarismo metodológico que desdeña hasta tal punto la realidad? Esto da testimonio de hasta qué punto el derecho no es únicamente un lenguaje o un discurso, de manera que la ciencia del derecho, reducida a metalenguaje, aunque pueda encararse desde un punto de vista estipulativo, va a dar a la inanidad. El sistema propuesto por **Troper** se hace pasible de la misma crítica que **Perelman** dirigía al de **Kelsen**: "para construir una ciencia del derecho tal como es, y no tal como debería ser, es preciso, me parece, renunciar al positivismo jurídico, tal y como éste resulta concebido por Kelsen, para dedicarse a un análisis detallado del derecho positivo, tal y como se manifiesta efectivamente en la vida individual y social, y más particularmente aún en las cortes y tribunales".<sup>98</sup> Existe una realidad jurídica de la que no se puede dar cuenta, que no puede ser aprehendida, ni informada, de manera estipulativa, para satisfacer los dogmas científicistas. Y si quiere resultar digna de crédito, la ciencia del derecho no puede permitirse ignorar dicha realidad.

Por otra parte, incluso si se admite, por menesteres del razonamiento, que la ciencia del de-

recho tiene por objeto la descripción de las normas en vigor, es decir, cuyo contenido ha recibido una interpretación auténtica, tampoco se arriba así a la tan anhelada neutralidad axiológica. En efecto, no se advierte por qué el resultado de la interpretación auténtica de una ley, que en el pensamiento de **M. Troper** constituye la norma, estaría menos sujeto a interpretación que el enunciado interpretado. Resulta ingenuo creer que una regla de derecho, una vez interpretada por el juez, queda revestida de un sentido claro y preciso, y que ya no haya de verse afectada por la discusión. La pluralidad de significaciones, que existe antes de que la ley sea interpretada, persiste luego. Y resulta vana la pretensión de interrumpir esta cadena interpretativa. Lo máximo que se podría ‘descontar’ sería algo así como que la interpretación auténtica reduzca el número de significaciones posibles; aunque, si bien se piensa, esa reducción se revela ilusoria dado que el enunciado de la decisión puede ser fuente de nuevas ambigüedades. ¿Podría salvarse el sistema afirmando que la ciencia del derecho tiene por objeto la descripción del compendio o la suma de las interpretaciones posibles de las decisiones de interpretación? Esto parece, por lo menos, delicado, ya que la cadena no tiene fin, pues las interpretaciones de las decisiones de interpretación serán, a su vez, ellas mismas pasibles de interpretación. Luego: no habría descripción utilizable del derecho positivo. Más grave aun: si la decisión de interpretación auténtica es equívoca, la ciencia del derecho no podrá dar cuenta de ello sin interpretarla, lo cual no puede llevarse a cabo sin una valoración. Finalmente, esta interpretación no será auténtica, lo cual reenvía, en el lenguaje de **Troper**, a la ‘dogmática jurídica’. Queda visto, pues, que la distinción entre ciencia del derecho y dogmática jurídica no resiste el análisis.

Es posible todavía volcarse a las teorías realistas del derecho, y especialmente al realismo escandinavo. Según dicha escuela las normas pertenecen al dominio del hecho. Por la senda de **Hägerström** y **Olivecrona**, **Alf Ross** concibe a la ciencia jurídica como puramente empírica.<sup>99</sup> Lo cual lleva como mérito el haber empujado a la teoría del derecho de **Kelsen** hasta sus últimas trincheras, depurándola de sus incoherencias. Así: partiendo del principio de que es imposible describir un *Sollen*, el realismo escandinavo rebaja el derecho al rango del *Sein*. Ahora bien, si sólo el hecho es susceptible de conocimiento, se excluye que los valores puedan ser conocidos. La ciencia del derecho se contenta, entonces, con el estudio empírico de las normas tal como han sido puestas por la autoridad competente, sin formular juicios de valor. Expulsar a estos últimos es la condición *sine qua non* para acceder al estatus de ciencia. Lo cual es, también, el quinto postulado propuesto por **Hart** para la definición del positivismo: los juicios de valor no pueden ser sostenidos sino mediante argumentos racionales o pruebas. Es lo que ha dado en llamarse el ‘nocognitivismo ético’, que no es sino un avatar híbrido de la agnosis de separación del derecho y la moral inaugurada por **Kant**. Mas junto a la ciencia jurídica, cuyos resultados empíricos son susceptibles de verificación, **Ross** se ve obligado a admitir la existencia de una dogmática jurídica que, por una práctica política, tiende a influir en la producción del derecho. En el mismo orden de ideas, **Ross** considera que las decisiones del juez se encuentran subordinadas a su ideología normativa. Resulta forzoso, pues, comprobar un sensible desfase entre la realidad jurídica y la ciencia jurídica, en el que ésta no traduce a aquella, lo cual es molesto para una teoría del derecho que

se quiere realista.

**Norberto Bobbio**<sup>100</sup> ha expuesto a la perfección la contradicción en que se han encerrado aquellos que predicán la neutralidad descriptiva de la ciencia del derecho. Para descubrirla, el autor se sitúa en el nivel de la meta-ciencia del derecho, es decir, de la reflexión crítica sobre la ciencia del derecho. Señala especialmente que los juristas han mostrado una propensión a aplicar a su trabajo modelos provenientes de otras disciplinas, o bien que han inventado nuevos modelos, capaces de conferir a su materia mayor autoridad y rigor, con el fin de elevarla al rango de ciencia. *“En la medida en que la meta-ciencia del derecho se inspire en un modelo científico y busque transformar el trabajo del jurista, ella no se ocupa tanto de lo que la ciencia del derecho es como de lo que debe ser.”* Inevitablemente, la consciencia que el jurista tiene de su labor está influida por los modelos utilizados por la ciencia del derecho, que son subrepticamente impuestos por la meta-ciencia; por lo mismo, su propia labor será lenta pero necesariamente deformada. Ahora bien: en tanto que la ciencia del derecho pretende para sí misma una función descriptiva y un contenido axiológico neutro, en realidad está afirmando no lo que es sino lo que la ciencia del derecho debe ser, según un modelo de referencia. De este modo, a una ciencia pretendidamente descriptiva y real corresponde una meta-ciencia prescriptiva e ideal. En términos más abruptos, es posible concluir que la ciencia del derecho *es* neutra y descriptiva porque ella *debe* ser así: o sea, el derecho *es* una ciencia porque debe ser una ciencia. *“Para resumir la teoría kelseniana de la ciencia del derecho en una fórmula de sensación, se podría decir que ella “prescribe describir”; en otras palabras, ello significa que una ciencia del derecho ‘neutra’ se obtiene al precio de una meta-ciencia “ideologizada”.*<sup>101</sup> Esta crítica no tendría otro alcance que el estético, que afectaría sólo la bella coherencia del edificio teórico, si la prescripción de la meta-ciencia que impone la neutralidad axiológica del derecho fuera conforme a la realidad, compatible con el mundo del derecho tal y como ese mundo existe. Pero no es el caso. Esta comprobación resulta igualmente valedera para el realismo escandinavo, y para todas las doctrinas que intentan hacer pasar su propia concepción del derecho por la realidad. El único medio para apartarse de ese prisma deformante es el de reintroducir los valores en el derecho, reconocer que la materia jurídica es axiológica<sup>102</sup> por esencia. Así se hace posible poder llegar a una ciencia del derecho que, habiendo descendido de las nubes, pueda afincarse en la práctica.

### **B. — Una ciencia práctica**

En sentido estricto, la ciencia (*Epistémé*), para **Aristóteles**, es el conocimiento de las cosas que no pueden ser de otra manera que como son, de lo que existe necesariamente.<sup>103</sup> Es de toda evidencia que el derecho no puede estar incluido en dicha categoría. La sabiduría teórica, en cuanto tal, se define como el conocimiento de la verdad sobre los principios, la más acabada de las formas del saber.<sup>104</sup> En este lugar tampoco puede ser ubicado el derecho. Y puesto que el arte se limita a la producción, a la fabricación, no queda más que la **prudencia** (*fronesis*), o sabiduría práctica, que concierne al registro del actuar. La prudencia es la deliberación, con miras a la ac-

ción, sobre las cosas contingentes, es decir, sobre las cosas que son cambiantes y posibles.<sup>105</sup> Este es precisamente el ámbito de la acción y de la política judicial.<sup>106</sup> Para **Aristóteles** es manifiesto que la prudencia no es ciencia<sup>107</sup>, aún cuando a veces utilice el vocablo *fronesis* como sinónimo de ciencia de lo inmutable, de sabiduría (*sofia*), siguiendo en esto a **Platón** (cf. el *Filebo*)<sup>108</sup> Este sentido amplio, platónico, será retenido por los estoicos. **Cicerón** distingue todavía *prudencia* (*quae est rerum expetendarum fugiendarumque scientia*) y *sapientia* (*quae rerum divinarum et humanarum scientia*) en su *De officiis* (I, 43, 153). Pero, a pesar de las apariencias, esta distinción no tiene fundamento aristotélico, y **Cicerón** define la prudencia y la sabiduría mediante el uso indiscriminado del vocablo ciencia, y confundiendo, a menudo, al *prudens* y al *sapiens*. (*De off. I, 15-16, 19*)<sup>109</sup> Esta confusión se irá acentuando con el correr de los siglos y la *fronesis* devendrá la ciencia de las cosas que hacer o que no hacer.<sup>110</sup> No asombra que en el decurso de dicha evolución, la **jurisprudencia** (que no es otra cosa que la virtud de la prudencia aplicada al derecho<sup>111</sup>) fuese igualmente calificada como ciencia de lo justo y de lo injusto. La herencia romana, que no puede ser ocultada, conduce a mantener el término ciencia para calificar al derecho, con la salvedad de que se trata de un saber emplazado y tendiente a la acción: una ciencia práctica (por oposición a las ciencias especulativa y poética).<sup>112</sup>

¿Esta ciencia práctica del derecho es verdaderamente una ciencia en el sentido moderno del término, o esto es más bien un exceso de lenguaje? ¿No valdría más y sería mejor decir que se trata de un arte? El problema así planteado es el del estatuto científico del derecho (1). Poco importan las palabras: lo esencial es comprender que el estudio del derecho, materia dialéctica, no puede aspirar a las certidumbres absolutas. A través de una reflexión acerca del método de trabajo del jurista se hace posible denunciar la vanidad del dogmatismo<sup>113</sup> sin hundirse en el escepticismo (2). Al final será posible interrogarse respecto de la pertinencia de la separación del estudio del derecho y de su objeto.

### 1.— ¿Qué es una ciencia?

Ya es tiempo de que los juristas admitan la necesidad de una reflexión crítica sobre la formación del espíritu científico. Esta reflexión, que **Bobbio** denomina meta-ciencia, lleva un siglo de retraso en cuanto pone en juego unos modelos científicos a los cuales los propios científicos han renunciado desde los comienzos del siglo XX. En este aspecto es interesante detenerse sobre la noción de obstáculo epistemológico concebida y propugnada por **G. Bachelard**.<sup>114</sup> Se trata de los falsos conceptos que traban desde el interior el acto de conocimiento. Tales los casos, por ejemplo, de la búsqueda de la unidad y de la utilización de la imagen verbal (metáfora). Algunos de ellos se encuentran en el ámbito jurídico. Es suficiente pensar en los principios de coherencia o de pureza del derecho, de racionalidad del legislador, o inclusive en las metáforas de la pirámide de las normas o de las fuentes del derecho. Tantas vistas ideales sobre el derecho, tantas trabas para la aprehensión del fenómeno jurídico.

Más tópico todavía resulta el obstáculo epistemológico del realismo, o del empirismo inme-

diato, que consiste en pretender que el conocimiento se induce directamente de la observación de lo real. El conocimiento humano no accede inmediatamente al objeto observado. Para que el acceso se produzca el hombre debe necesaria y previamente elaborar teorías. No hay conocimiento de lo real sin construcción intelectual. “*El instrumento de medida acaba siempre por ser una teoría y es preciso comprender que el microscopio es una prolongación del espíritu mucho antes que del ojo.*”<sup>115</sup> De modo que, “*el realismo es una metafísica sin fecundidad, porque detiene la búsqueda en lugar de provocarla.*”<sup>116</sup> Este tema ha sido profundizado por **Gadamer**<sup>117</sup> que, continuando la ruta de trabajo trazada por **Heidegger**, ha mostrado que la comprensión es un ‘círculo hermenéutico’ formado por un *ir y venir* entre el sujeto y la cosa que se ha de comprender. Por otra parte, es especialmente significativo que **Gadamer** proponga, como modelo de la comprensión verdadera, la hermenéutica jurídica y religiosa. Es que los juristas han conservado lo esencial del método interpretativo, a saber, “*la pertenencia del intérprete a su texto*”. Asimismo, en esta concepción el intérprete no está aislado del mundo sino afincado en una tradición portadora de sentido. Como lo ha mostrado **Villa**, “*el conocimiento jurídico siempre constituye una intervención sobre el derecho, una manera de reconstruir el campo de la experiencia jurídica que parte inevitablemente de un esquema conceptual implícita o explícitamente predeterminado.*”<sup>118</sup>

Si la interpretación jurídica no pertenece al ámbito del lenguaje descriptivo, y el enunciado interpretativo no es verdadero ni falso<sup>119</sup>, la hermenéutica jurídica no puede tener el estatuto de ciencia puramente descriptiva. Pero esto no significa que el derecho no pueda aspirar al prestigioso sello (*label*) científico. Todo depende de lo que se entienda por tal y de cuáles hayan de ser los criterios utilizados para otorgar dicha calificación. **Kart Popper**<sup>120</sup> ha propuesto caracterizar el saber científico empírico mediante el criterio de la “*falsabilidad*”, es decir, por la posibilidad de refutar empíricamente una proposición. Una teoría no es científica sino cuando ella es ‘*falsable*’, esto es, cuando es pasible de ser invalidada por medio de un examen reproducible. De esta manera, **Popper** sustituye por el criterio de *falsabilidad* aquel de la verificabilidad promovido por el **Círculo de Viena**. Este nuevo criterio de identificación de la ciencia abre profundas perspectivas para la materia jurídica.<sup>121</sup> La teoría del derecho puede asumir su ausencia de neutralidad preservando el estatuto de ciencia. Por ejemplo: la interpretación de una norma, sin ser jamás cierta o absolutamente verdadera, participa del trabajo científico porque es susceptible de refutación.

Otro enfoque consiste en acantonar la ciencia jurídica en el estudio de los aspectos estructurales y formales del derecho. Ésta es la construcción propuesta por **Bobbio**.<sup>122</sup> Los caracteres **estructurales** invisten el sistema de las fuentes del derecho y las relaciones que unas tales fuentes mantienen entre sí. En lo que atañe al análisis **formal** del derecho, por su lado, se remite a estudiar el lenguaje prescriptivo del legislador. La dogmática jurídica, a su vez, no participa del emprendimiento científico que constituye la teoría del derecho, porque la primera se ocupa del contenido normativo del derecho. Pero es necesario establecer con claridad que, en el pensamiento de **Bobbio**, la filosofía del derecho se compone de tres partes: la teoría del derecho, la teoría de la justicia y la teoría de la ciencia jurídica.<sup>123</sup> Estos dos últimos ramales permiten introducir una reflexión axiológica, inclusive crítica, en la materia jurídica. Más todavía: **Bobbio** declara que

los juicios de valor intervienen en todas las fases de la investigación del jurista.<sup>124</sup> El autor tiene, pues, por adquiridos “*los dos resultados principales de la fase actual de la meta-ciencia descriptiva: a) la ciencia del derecho, incluso en los sistemas más cerrados, opera juicios de valor; b) la ciencia del derecho, incluso en los sistemas más autoritarios, ejerce influencia sobre el desarrollo del derecho en vigor.*”<sup>125</sup>

La posición adoptada por **Bobbio**, mientras admite el carácter científico del derecho, evita el defecto reduccionista consistente en no interesarse más que en la pura técnica jurídica, desterrando los juicios de valor. Téngase en cuenta que erigir como postulado que el único camino para acceder a la ciencia es el de la neutralidad axiológica, es también inexorablemente emitir un juicio de valor que privilegia el valor de neutralidad, sobre otros posibles, como, por ejemplo, el de justicia. Es imposible no recordar la objeción formulada por **Aristóteles** (*Protréptico*, fr.2) contra **Isócrates** quien pretendía que era inútil filosofar, pues: “*también para no filosofar, hay que filosofar*”. Es posible vincular esta concepción de la ciencia del derecho a la de los pos-positivistas. Por cierto que éstos, a diferencia de **Bobbio**, identifican la ciencia del derecho con la dogmática jurídica. Pero esta afirmación los conduce a rechazar el dogma del no-cognitivismo axiológico. De este modo, **Aarnio** integra en la dogmática jurídica la interpretación portadora de valores y apreciaciones. “*La dogmática jurídica es esencialmente valorativa.*”<sup>126</sup> Pero, la dogmática jurídica no es menos que una ciencia de acuerdo al paradigma de **Kuhn**.<sup>127</sup> Para este último, las ciencias se caracterizan por una matriz disciplinaria que opera como cuadro unificador para la comunidad científica. Finalmente, arribamos a una concepción clásica, incluso antigua (*scientia*), la de una ciencia entendida como saber organizado, estructurado. “*Es posible entonces hablar de ciencia en el sentido amplio, en el sentido donde es científico todo discurso que tiende a la precisión, el rigor y la coherencia.*”<sup>128</sup>

En realidad, poco importan las palabras. Lo principal es reconocer que el discurso jurídico no puede aspirar a la neutralidad, salvo limitándose, en una perspectiva reduccionista, al estudio de algunos elementos factuales, tales como la promulgación de las leyes o la realidad de las decisiones judiciales adoptadas. La inutilidad, incluso la imposibilidad, de semejante reducción no es algo que haya que demostrar. La reflexión respecto al derecho, llámese filosofía o teoría general, no es fructífera si no se interesa por el derecho mismo, no solamente por su forma o su lenguaje, sino sobretodo por su contenido. El punto central es que el estudio y la reflexión sobre el derecho no son posibles sin interpretación, sin juicio apreciativo. **R. Dworkin** lo ha comprendido perfectamente: “*si el derecho es un concepto interpretativo, no puede haber descripción de la práctica jurídica, por poco utilitaria que ella se quiera, que no se vea de inmediato comprometida en la senda de la interpretación controversial.*”<sup>129</sup> Incluso si no se cede a la tentación de reducir la ciencia del derecho a la hermenéutica —lo cual reconduce a identificar el derecho con la norma—, y se pretende encontrarlo en los hechos —a semejanza de **Bartolo** (*jus est factum oritur*)—, no se está, empero, libre del problema planteado por los valores. En efecto, los valores no son datos *a priori* de la razón pura; están inmersos en la realidad, son hechos sociales.<sup>130</sup>

**F. Ost** y **M. Van de Kerchove** han mostrado, retomando las distinciones de **Hart**, que el

punto de vista “radicalmente externo”<sup>131</sup> no consigue rendir cuenta verdaderamente del objeto que se propone estudiar.<sup>132</sup> Sólo la adopción del punto de vista “simplemente externo”,<sup>133</sup> de orden explicativo y crítico, llega a alcanzar tal objetivo sin reducir el objeto de estudio a una mera descripción.<sup>134</sup> Inclusive si esta dicotomía entre el aspecto interno y el aspecto externo del derecho reviste hoy en día una importancia exagerada en filosofía del derecho<sup>135</sup>, es posible retener la idea de que el jurista que reflexiona sobre el derecho se sitúa, a la vez, adentro y afuera de su materia: en el interior en tanto que técnico, en el exterior en cuanto “*pensador*”, esto es, como persona portadora de pensamiento reflexivo. Sabemos que esta doble posición es inevitable: casi no existe ciencia sin juicio de valor, ni distancia reflexiva sin conocimiento técnico. Toda la dificultad radica, entonces, en determinar el margen de maniobra del jurista en su trabajo de interpretación. Puesto que la pura técnica no es sino accesoria, y dado que la neutralidad axiológica no es más que una ilusión, ¿qué queda del saber jurídico? ¿La filosofía del derecho conduce al relativismo, al subjetivismo, al irracionalismo, o al escepticismo? ¿Debe rechazarse necesariamente la idea de que se puede brindar una respuesta justa a un problema jurídico particular? Para responder, se impone abordar la cuestión de la certidumbre del derecho.

## 2. — *Entre dogmatismo y escepticismo.*

Sin duda que el abandono de la concepción “*descriptivista*” de la ciencia jurídica, y su neutralidad axiológica, trae consigo sensibles perturbaciones metodológicas. **J. Lenoble** ha hablado de “*mutación epistemológica*” bajo la influencia del paradigma hermenéutico.<sup>136</sup> Se podría hablar incluso de una verdadera revolución, en el sentido primario del término: retorno de las cosas al estado inicial, estado en el cual el derecho tenía por fin la justicia. En efecto, el rechazo de la concepción descriptivista conduce a negar que la solución jurídica pueda ser deducida de una aplicación mecánica de la norma al caso particular. Como **Hart** lo ha proclamado, ciertos autores son absolutistas decepcionados que niegan la existencia de reglas de derecho porque han tomado conciencia del irrealismo de la concepción formalista del derecho.<sup>137</sup> Para calibrar cómo el realismo norteamericano se muestra esencialmente escéptico en cuanto a la naturaleza de las reglas, véase lo que dice **Llewellyn** en *The Bramble Busch*: “*O bien las reglas son lo que ellas serían en el paraíso del formalista y vinculan como vinculan las cadenas; o bien, no existen las reglas, sino solamente decisiones o tipos de comportamiento que se pueden predecir.*”<sup>138</sup> Por último, el realismo participa, en cierta medida, del no-cognotivismo ético, y se caracteriza por un escepticismo de principio, lo cual obstaculiza seriamente la elaboración de una filosofía del derecho o de una teoría general. Pero **Dworkin** ha utilizado contra los realistas el argumento aristotélico: decir que no hay regla ni una sola buena respuesta (*one right answer*) reconduce a negar la tesis escéptica sostenida. El señalamiento de **Hart** es, pues, pertinente: “*el formalismo y el escepticismo relativo a la naturaleza de las reglas son las Scylla y Carybdes de la teoría jurídica: constituyen fuertes exageraciones, saludables en cuanto se corrigen mutuamente, y la verdad descansa entre medio de ambas.*”<sup>139</sup>

La crítica que puede dirigirse al realismo es la inversa de la dirigida al formalismo: si éste pretende que el juez, en su oficio, no hace más que una aplicación mecánica de las normas<sup>140</sup>, aquí sostiene que el juez detenta un poder arbitrario, discrecional, no condicionado por las reglas de derecho en vigor. A pesar de ello, hay una crítica común contra ambas corrientes de pensamiento: la pobreza de la teoría jurídica implicada en sus sendas visiones del derecho. Esta pobreza se percibe notablemente cuando se encaran los problemas planteados por la resolución de los casos difíciles (*hard cases*), que ha apasionado a la filosofía del derecho norteamericana en el siglo XX. En esta ocasión, si la dimensión esencialmente axiológica del derecho resulta admitida, cabe seguir a **Dworkin** cuando subraya “*el hecho crucial de que, en el fondo, los problemas de filosofía del derecho son problemas de principio moral, y no de hecho o de estrategia jurídica.*”<sup>141</sup> Pero esta declaración no supone que la materia jurídica esté condenada a la subjetividad, al escepticismo. **M. Villey**, entre muchos otros, ha mostrado que los valores se sitúan en la realidad<sup>142</sup>: un gran caldo de Bordeaux es objetivamente mejor que un vino de mesa de Forez; un profesor de derecho posee mayor autoridad respecto de una cuestión jurídica que un estudiante de primer año; la música de Mozart es más hermosa que la de Salieri; el esclavismo es, en nuestra moderna sociedad, una injusticia.<sup>143</sup>

Entre dogmatismo y escepticismo importa tomar el camino del medio. No se puede decir que la materia jurídica se caracterice por una certeza absoluta, pero tampoco se puede decir que no contenga ninguna. El derecho no posee una coherencia perfecta, pero no está totalmente desprovisto de ella. No se puede creer que la buena decisión resulte descubierta siempre, pero tampoco que no lo sea jamás. No siempre el juez aplica la regla de derecho para pronunciar su fallo, pero resultaría erróneo afirmar que nunca la sigue. Estas constataciones demuestran que ni el silogismo demostrativo, ni el solo arbitrio del juez son suficientes para dar cuenta acabada del método del jurista, tanto en sede de tribunales como en sede de doctrina. Si el teórico del derecho se propone rendir cuenta del derecho tal como es, y no tal como él querría que fuera, se debe a sí mismo no permitirse desconocer la complejidad propia de la realidad jurídica, so pretexto de que la misma difícilmente se presta a la modelización, a la sistematización, o que los hechos no se conforman cómodamente a sus postulados. Y debe también asumir plenamente la carga de valores ínsitos – visibles o subyacentes— en la realidad y en el derecho.

El derecho no es una ciencia demostrativa en el sentido aristotélico<sup>144</sup>, por la justa razón de que no contiene premisas verdaderas y primeras, sino solamente unas opiniones probables y contingentes. Además, el derecho está situado en el orden de la acción y no en el de la especulación. Por tanto, la prudencia, que se opone, a la vez, a la ciencia –en sentido estricto— y al arte; es virtud intelectual que permite deliberar con rectitud en un mundo contingente, es decir, en el que las cosas pueden ser de otra manera que como son. **Tomás de Aquino**, como buen intérprete de **Aristóteles**, ha expuesto la dialéctica como el método de la prudencia, en cuanto requiere proceder a partir de probabilidades para fundar una opinión.<sup>145</sup> Cuando, en el libro V de la *Ética a Nicómaco*, cuando **Aristóteles** emprende su estudio de la justicia, se toma el cuidado de señalar que ha de utilizar el mismo método que en los precedentes desarrollos, a saber, la dialéctica inductiva,

único método admisible para las cuestiones que implican consideraciones morales.<sup>146</sup> Se trata de partir de opiniones corrientes y autorizadas acerca de una cuestión, y de confrontarlas, discutir-las, dialogar respecto de ellas. Dado que las tales opiniones no son más que probables, las conclusiones obtenidas a través del método dialéctico no pueden aspirar a la certidumbre del resultado de una suma aritmética: pues a cada disciplina corresponde su grado propio de certeza. Para este método, lo principal es plantear bien el problema desde su origen, “*porque ponerse a buscar, sin haber planteado antes el problema, es como echarse a andar sin saber a dónde se ha de ir*”.<sup>147</sup> Esto es lo que **Aristóteles** denomina procedimiento aporético, de lo cual **C. Atias** se ha valido recientemente para caracterizar la naturaleza del derecho.<sup>148</sup>

Reanudándose con la jurisprudencia romana, que detentaba como principio metódico el de no extraer el derecho de la regla, sino, al contrario, inducir la regla del derecho tal como existe<sup>149</sup>, el razonamiento del jurista no parte de una norma para, según un silogismo demostrativo, deducir de allí la solución. Esto no implica la inutilidad de la regla de derecho, como lo han pensado los realistas, ya que la regla es tanto un útil de razonamiento, como una economía de tiempo. Pero la influencia de este útil no es decisiva. No es tanto la *potestas* de la ley lo que comporta la convicción sino su *auctoritas*. En consecuencia la ley no es sino un argumento entre otros para buscar la solución justa, la tan vituperada *one right answer* de **R. Dworkin**. Que no haya ambigüedad en esta propuesta: no se trata de ceder a la ficción de la solución única, justamente criticada por **Kelsen**.<sup>150</sup> Es muy evidente que hay varias soluciones posibles para un problema de derecho, por simple que fuere. Y el número de posibles soluciones se multiplica en presencia de un caso difícil. Pero semejante pluralidad, al igual que la diversidad de opiniones doctrinales, no constituye un obstáculo para la búsqueda de la solución justa. En efecto, todas las soluciones propuestas no valen igual: unas son mejores que otras. La selección se cumple merced a la discusión, al diálogo controversial. El obstáculo mayor radica en que la imperfección del hombre impide a su entendimiento acceder plenamente a la verdad. De modo que, la andadura del jurista si se inscribe resueltamente en la realidad compleja, en la acción, tiende hacia un ideal de justicia, por definición jamás alcanzable. El juicio, la opinión doctrinal, no son más que conclusiones que, por autoridad, clausuran provisoriamente la controversia, o al menos tientan de hacerlo. Pero ésta demanda renacer como el fuego de la brasa. Con todo, la fase de conclusión resulta indispensable: en la práctica, esta conclusión resuelve el caso planteado; y, en teoría, representa la solución más justa posible a la que su autor ha conseguido llegar con los medios disponibles —a la espera de ser sobrepasada ventajosamente.

Dejemos la palabra de conclusión (*provisoria*) a **Perelman**: “*durante siglos el derecho se ha inspirado en las ciencias. No se ha tenido en cuenta que es una actividad práctica, y no una reflexión puramente teórica*”.<sup>151</sup> La “*ciencia del derecho*” no puede contentarse con describir los aspectos formales y no problemáticos del objeto que se propone estudiar, porque la sustancia de éste es aporética.<sup>152</sup> Después de dos siglos de separación más o menos neta, la filosofía está en el paso de reintegrarse a la materia jurídica, que nunca habría debido abandonar. De esa manera acabará tal vez el combate epistemológico entre la filosofía del derecho y la teoría general del de-

recho, por falta de combatientes, por haberse reintegrado la filosofía al patrimonio del derecho, o, más exactamente por haber recuperado éste su finalidad”.

« Mefistófeles: *La ciencia es árida: en vano  
Con su sombra nos convida;  
Pero el árbol de la vida  
Siempre está verde y lozano.*»

Goethe, *Fausto*, escena del Gabinete de estudio,  
(trad.: Teodoro Llorente).

\*\*\*\*\*

**J.-P. CHAZAL** *Arch. phil. droit* 45 (2001)[p. 303-333]  
21 rue Paul-Henri Spaak - BP 90, 26903 Valence CEDEX 9  
[Por la traducción al español –para uso académico–  
del original francés, autorizada por el autor:  
*Dr. Eduardo Carzolio Díaz, Montevideo, 2010*]

Instituto de Filosofía y Teoría General del Derecho  
Facultad de Derecho - Universidad de la República  
Montevideo – República Oriental del Uruguay  
[filder.udelar@gmail.com](mailto:filder.udelar@gmail.com)

## REFERENCIAS

<sup>1</sup> Ver por ej.: la crítica de D. Gutmann (*RTD.Civ.* 2000, 211) dirigida a la obra de C. Atias, *Philosophie du droit*, PUF « Thémis », 1999.

<sup>2</sup> Cf. la presentación de C. Grzegorzcyk in *Le positivisme juridique*, bajo la dirección de C. Grzegorzcyk, F. Michaut y M. Troper, Story scientia et LGDJ, 1992, p. 34 et s.

<sup>3</sup> A. Ross, « Validity and the conflict between Legal Positivism and Natural Law », *Revista juridica de Buenos Aires*, 1961 IV, p. 72 et s., cit.in *Le positivisme juridique, op. cit.*, p. 204.

<sup>4</sup> *Le droit naturel et l'histoire*, in *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz 1969, p.78.

<sup>5</sup> *Essais de théorie du droit*, Bruylant-LGDJ. 1998, p. 53.

<sup>6</sup> A. Aarnio, R. Alexy y A. Peczenik, « The Foundation of Legal Reasoning », in *Rechtstheorie* n° 12/1981, Duncker & Humblot, Berlin, p. 133 et s.

<sup>7</sup> N. Bobbio, « Sur le positivisme », in *Mélanges P. Roubier*, Dalloz & Sirey, 1961, T. I, p. 53 et s.

<sup>8</sup> Ver M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p. 30.

<sup>9</sup> Se menciona por el historial la obra de Du Pasquier cuyo título inhabitual es: *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit* (4e éd. 1967).

<sup>10</sup> En Cicéron, *ars* se opone a práctica y designa un conjunto de conocimientos metódicamente reunidos. *Ars* es pues sinónimo de ciencia *lato sensu*. Cf. M. Villey, *Logique d'Aristote et droit romain*, in *Leçons d'histoire de la philosophie de droit*, Dalloz, 1957, p. 175 nota 35.

<sup>11</sup> *De Oratore*, I, 188 : *Sit ergo in jure civili finis hic : legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio*.

<sup>12</sup> El derecho es la ciencia o, mejor, el arte de discernir lo justo de lo injusto. En efecto: arte es aquello que ya se sabe. *Juris consultorum, Operum* T. II, *Paratitla in libros quinquaginta digestorum*, I, I, I, *De justitia & jure*. Sobre los insolubles vínculos entre la ciencia y el arte en el seno de la materia jurídica: G. Renard, *Le Droit, La Logique et Le Bon Sens*, Sirey, 1925, p. 73 et s. et p. 115 et s.

<sup>13</sup> *Pandectes ou Digestes du droit françois*, 1607, Liv. I, Ch. III, p. 15.

<sup>14</sup> *Dictionnaire de droit et de pratique*, 2e éd. 1740, T.II, V° *Jurisprudence*, p. 100.

<sup>15</sup> «Llamo ciencia al conjunto armónico de verdades o reglas vinculadas las unas a las otras, deducidas de los primeros principios, reunidas en un cuerpo de doctrina y sistema, sobre cualquiera de las ramas principales de nuestros conocimientos», Locré, T. I, p. 343.

<sup>16</sup> *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4e éd. 1813, T. 6, V. *Jurisprudence*, p. 705.

<sup>17</sup> *Premiers essais de philosophie du droit*, 1846, préface p. XIV. Cf. aussi Ahrens, *Cours de droit naturel*, 4e éd. 1853, p. 5 : «la filosofía del derecho no es sino una rama de la ciencia una y universal del derecho». Comp. G. Del Vecchio, *Leçons de philosophie du droit*, Sirey, 1936, p. 7 : «La Filosofía del Derecho, tiene, por cierto, su independencia, su autonomía respecto de la jurisprudencia, aunque sin duda una y otra mantienen necesarias conexiones y relaciones.»

<sup>18</sup> *Op. cit.*, p. 106.

<sup>19</sup> Merlin, *op. cit.*, V° *Jurisconsulte*.

<sup>20</sup> E. Kant, *Métaphysique des moeurs*, Ire partie, *Doctrine du droit*, trad. Philonenko, Vrin, 1993.

<sup>21</sup> *Op. cit.*, *Introduction*, §. B, p. 104.

<sup>22</sup> Cité par M. Villey, *Kant dans l'histoire du droit*, in *Leçons...*, *op. cit.*, 2e éd. 1962, p. 259.

<sup>23</sup> S. Goyard-Fabre, « De l'idée de norme à la science des normes : Kant et Kelsen », in *Théorie du droit et science*, dir. P. Amsselek, PUF, 1994, p. 220.

<sup>24</sup> Demolombe, *Cours de Code civil*, T. I, 1845, n° 3 et 4.

<sup>25</sup> *Op. cit.*, n° 10.

<sup>26</sup> Kant, *op. cit.*, *Introduction* §. E, p. 106.

<sup>27</sup> Mourlon, *Répétitions écrites...*, 8e éd. 1869, par Demangeat, T. I, n° 4 et 8.

<sup>28</sup> Ex.: Troplong, *De la vente*, 1834, T. I, préface, n° 3 p. xviii : « Une nouvelle ère s'ouvre pour la philosophie du droit ». Boistel, « Le Code civil et la philosophie du droit », in *Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, T. I, p. 47.

<sup>29</sup> Toullier, *Le droit civil français*, 3e éd. 1820, T. I, n° 1.

<sup>30</sup> De Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, 1740, T. I, V° *Droit*. Es posible que la jurisprudencia haya de adquirir el estatus de ciencia moderna en cuanto dicho vocablo se refiera sólo a la colección de fallos. Con los progresos de la informática, la jurisprudencia puede tender a identificarse con las bases de datos que compilan las decisiones de las cortes y tribunales.

<sup>31</sup> *Specimen Controversiarum circa Jus Naturale*, 1674, IV, § 1.

<sup>32</sup> Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, Bâle 1732, trad. J. Barbeyrac, Liv. I, Ch. II, § II.

<sup>33</sup> *Op. cit.*, Liv. I, Ch. II, § IV.

<sup>34</sup> Toullier, *op. cit.*, T.I, n° 1. Contra : Marcadé, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4e éd. 1850, T. I, n° 1, que considera que el derecho es un arte y no una ciencia, pues no tiene por objeto enseñar verdades. Vid. la posición matizada de Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1908, 5e éd., T. I, n° 3: «El derecho es tan móvil como la vida y las opiniones humanas».

<sup>35</sup> A. Jourdan, *Le droit français*, 1875, p. 20.

- <sup>36</sup> E. Roguin, *La règle de droit*, F. Rouge, Lausanne 1889, préface p. VI.
- <sup>37</sup> P. Foulquié, *Dictionnaire de la langue philosophique*, PUF, V° *Scientisme*. Vid. también A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, V° *Scientisme*.
- <sup>38</sup> Boistel, *op. cit.*, p. 7.
- <sup>39</sup> *Rev. de droit français et étranger*, 1846, T. III, p. 243.
- <sup>40</sup> Boistel, *op. cit.*, p. 9 note 4.
- <sup>41</sup> Ver : A. Lalande, *op. cit.*, V° *Théorie*
- <sup>42</sup> « Notes sur le droit considéré comme science », in *Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale*, nov. 1910, p. 299.
- <sup>43</sup> Brethe de la Gressaye, in *Arch. phil. droit*, 1962, T. VII, *Qu'est-ce que la philosophie du droit?* p 95/ 96.
- <sup>44</sup> Roguin, *La science juridique pure*, F. Rouge, Lausanne 1923, préface p. XX.
- <sup>45</sup> N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, préc., p. 210.
- <sup>46</sup> Sin embargo, por ej.: H. Ahrens, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit fait d'après l'état actuel de cette science en Allemagne*, 4e éd. 1853 ; Th. Jouffroy, *Cours de droit naturel*, 3e éd. 1858 ; F. Géný, *Science et technique en droit privé positif*, 1914-1927, Vol. II, *L'irréductible droit naturel* ; A. Sériaux, *Le droit naturel*, PUF « Que sais-je ? », 1993 ;
- X. Dijon, *Droit naturel*, PUF « Thémis », T. 1, 1998. El derecho natural está inscrito en cinco Facultés de droit de la Belgique francófona, cf. *L'enseignement de la philosophie du droit*, dir. M. Troper et F. Michaut, Bruylant LGDJ. 1997, p. 77.
- <sup>47</sup> H. Kelsen in *Arch. phil. droit*. 1962, préc., p. 131.
- <sup>48</sup> H. Lévy-Bruhl in *Arch. phil. droit*. 1962, préc., p. 135 et 136.
- <sup>49</sup> Para una bizantina distinción entre ciencia del derecho y teoría del derecho: M. Troper, *op.cit.*, p.19.
- <sup>50</sup> Sobre la equivalencia de las expresiones *Teoría pura del derecho* y *Teoría general del derecho*, V. *Théorie pure du droit*, 2e éd. trad. Eisenmann, Bruylant-LGDJ, 1999 (réimp. de l'éd. 1962), Tit. I, n° 1, p. 9 et *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruylant-LGDJ, 1997, préface p. 46.
- <sup>51</sup> *Théorie pure du droit*, 2e éd. préc. p. 9.
- <sup>52</sup> Por cierto que el pasaje por la neutralidad del derecho-objeto no es necesario, en teoría, para la neutralidad de la ciencia del derecho (M. Troper, *op. cit.*, p. 36), pero, en la práctica, ha sido determinante.
- <sup>53</sup> *Cours de philosophie positive*, T.I, 1830, p. 16.
- <sup>54</sup> P. Foulquié, *op. cit.*, p. 552. Para Aristóteles, al contrario, el objeto de la filosofía es el estudio de las causas primeras de los principios de los seres (*Métaphysique*, A, 1, 981 b 25).
- <sup>55</sup> V. Petev, « Hans Kelsen et le Cercle de Vienne », in *Théorie du droit et science*, préc., p.233.
- <sup>56</sup> *Traité sur la nature humaine*, 1739-1740, III, I, I, dernier paragraphe.
- <sup>57</sup> H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, PUF, 1996, trad. Beaud et Malkani, p. 79. Acerca de esta distinción, su crítica y su defensa, ver : O. Cayla, *La notion de signification en droit*, thèse Paris II 1992 ; D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, O. Jacob 1997, p. 174 et s.
- <sup>58</sup> *Op. cit.*, p. 75.
- <sup>59</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2e éd., Tit. III, § 14, p. 77.
- <sup>60</sup> H. Kelsen, *op. cit.*, Tit. III, § 18, p. 88 et 89.
- <sup>61</sup> En el prefacio de la 1ra. edición (1934) de la *Théorie pure du droit*, Kelsen ubica la « jurisprudence » en la categoría de las ciencias morales. Con tal propósito distingue causalidad e imputación, *Théorie pure du droit*, 2e éd., Tit. III, n° 18.
- <sup>62</sup> H. Kelsen, *op. cit.*, Tit. I, § 4, e), p. 24 et s.
- <sup>63</sup> Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Thévenaz, Être et Penser, cahiers de philosophie, 1988 (1re éd. 1953) p. 62.
- <sup>64</sup> Dabin, *Théorie générale du droit*, n° 9.
- <sup>65</sup> «La filosofía del derecho [...] es más filosofía que derecho», J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3e éd. 1998, n° 4.
- <sup>66</sup> In *Arch. phil. droit*. préc., p. 146.
- <sup>67</sup> J. Darbellay in *Arch. phil. droit*. préc., p. 115.
- <sup>68</sup> G. Del Vecchio in *Arch. phil. droit*. préc., p. 117

<sup>69</sup> Roubier, *Théorie générale du droit*, p. 70. Cf. aussi *Arch. phil. droit*. 1962, préc., p. 150 : «la filosofía del derecho siempre será necesaria para mantener la idea de que existe en el derecho un elemento moral que no puede ser sacrificado». Es también la opinión de Ripert: *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4e éd. 1949, n° 6.

<sup>70</sup> Dabin, *op. cit.*, n° 7 et s.

<sup>71</sup> Roubier, *op. cit.*, p. 317.

<sup>72</sup> Réflexions sur la philosophie du droit, Les Carnets, PUF, 1995, XIX, 6. Cf. aussi *Arch. phil. droit*. 1967, T. XII, p. 214.

<sup>73</sup> Gény, *Science et technique en droit privé positif*, T. I, 1914, p.96 ; *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2e éd. 1919, T. II, n° 224 p. 410.

<sup>74</sup> M. Virally, *La pensée juridique*, Ed. Panthéon-Assas-LGDJ 1998 (1re éd. 1960), p. XXV.

<sup>75</sup> Virally, *op. cit.*, p. XXVII.

<sup>76</sup> M. Virally, *op. cit.*, p. XXIII

<sup>77</sup> *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1957, p. 347.

<sup>78</sup> J. Dabin, « La définition du droit », in *Mélanges Roubier*, Dalloz & Sirey, 1961, T. I, p. 199 et 219. V. la réplica de M. Villey in *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969, p. 221.79 M. Villey, in *Arch. phil. droit*. 1962, préc., p. 85.

<sup>80</sup> *Minerve*, 75.

<sup>81</sup> Para un enfoque particular del problema, ver: D. Lochak, «La neutralité impossible», in *Théorie du droit et science*, préc., p. 293.

<sup>82</sup> Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Thévenaz, préc., p. 70.

<sup>83</sup> Amselek, P. *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, 1964, p. 184 ; « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP*. 1978 n° 1, p. 6 ; « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », *Arch. phil. droit*. 1983, p. 280.

<sup>84</sup> *Théorie pure du droit*, 2e éd. préc., Tit. I, n° 6 a), p. 39.

<sup>85</sup> Hay autores que dudan de que se trate de un orden (M. Miaille, « Désordre, droit et science », in *Théorie du droit et science*, dir. P. Amselek, PUF, 1994, p. 87) o de un sistema (C. Grzegorzczuk, « Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », in *Arch. phil. droit*. 1986, p. 281 ; R.J. Vernengo, « Le droit est-il un système ? », in *Arch. phil. droit*, 1991, p. 253).

<sup>86</sup> Lenoble et Ost, *Droit, mythe et raison, Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles 1980, p. 506. Ver también : M. Villey, *Philosophie du droit*, T. II, Précis Dalloz 1984, n° 217, p. 165.

<sup>87</sup> M. Troper, « Entre science et dogmatique, la voie de la neutralité », in *Théorie du droit et science*, préc., p. 310.

<sup>88</sup> S. Goyard-Fabre, *op. cit.*, p. 223. Para Kant el conocimiento no accede sino a los objetos sensibles. En este punto, Kelsen parece romper con la filosofía kantiana pretendiendo elaborar una ciencia de las normas cuya ambición es conocer su objeto: las normas.

<sup>89</sup> *Théorie pure du droit*, 2e éd. préc., p. 79.

<sup>90</sup> V. Petev, *op. cit.*, p. 245, que se refiere a los trabajos de O. Weinberger. R. Guastini, « Interprétation et description des normes », in *Interprétation et droit*, dir. P. Amselek, Bruylant-PUAM, 1995, p. 95.

<sup>91</sup> M. Troper, *op. cit.*, p. 314.

<sup>92</sup> A. Ross, *On Law and Justice*, Londres 1958 ; *Directives and Norms*, Londres 1968. Ver también la distinción entre enunciado legislativo y norma, ésta designa el sentido atribuido por un intérprete a un enunciado legislativo, R. Guastini, « Interprétation et description des normes », in *Interprétation et droit*, préc., p. 94.

<sup>93</sup> *Théorie pure du droit*, 2e éd. préc., p. 342.

<sup>94</sup> *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, dir. A.J. Arnaud et al., LGDJ, 2e éd. 1993, V. *Dogmatique juridique*.

<sup>95</sup> G. Kalinowski, « Une théorie de la dogmatique juridique », *Arch. phil. droit*. 1970, T. XV, p. 408

<sup>96</sup> *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, FUSL, 1987, p. 43 et 44

<sup>97</sup> M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, préc., p. 39.

<sup>98</sup> Ch. Perelman, *Droit, morale et philosophie*, LGDJ, 1968, p. 98.

<sup>99</sup> R. Guastini, « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », in *Théorie du droit et*

*science*, préc., p. 249.

<sup>100</sup> *Essais de théorie du droit*, préc., p. 185.

<sup>101</sup> Bobbio, *op. cit.*, p. 191.

<sup>102</sup> Voir : P. Dubouchet, *Trois essais pour une théorie générale du droit*, L'Hermès 1998, p. 27 et s. ; W. Sabete, « La théorie du droit et le problème de la scientificité », in *Arch. phil. droit.* 1999, p. 303.

<sup>103</sup> *Éthique à Nicomaque*, VI, 3 1139 b 20.

<sup>104</sup> *Op. cit.*, VI, 7 1141 a 16.

<sup>105</sup> *Op. cit.*, VI, 5, 1140 a 32.

<sup>106</sup> *Op. cit.*, VI, 8, 1141 b 34 et VI, 13, 1143 b 24 : « la prudencia tiene por objeto las cosas justas [...] »

<sup>107</sup> *Op. cit.*, VI, 9, 1142 a 25.

<sup>108</sup> Sobre el punto cf. P. Aubenque, *La prudence chez Aristote*, PUF « Quadrige », 1997,

<sup>109</sup> P. Aubenque, *op. cit.*, p. 184.

<sup>110</sup> P. Aubenque, *op. cit.*, p. 33.

<sup>111</sup> Voir F. Zenati, *La jurisprudence*, Dalloz 1991, p. 85 et s.

<sup>112</sup> *Topiques*, VI, 6, 145 a 15 ; *Métaphysique*, E, 1, 1025 b 20.

<sup>113</sup> Este término no está tomado en sentido aristotélico, sino en su sentido corriente y pervertido de «desviación del espíritu que consiste en afirmar las propias doctrinas con autoridad, y sin admitir que puedan tener imperfecciones o errores» (acepción o sentido 'D' de A. Lalande) o de la actitud del que «afirma con intransigencia y, frecuentemente, con una autoridad de la cual carece» (acepción o sentido 'A' de P. Foulquié).

<sup>114</sup> G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1938.

<sup>115</sup> G. Bachelard, *op. cit.*, p. 242.

<sup>116</sup> G. Bachelard, *op. cit.*, p. 21.

<sup>117</sup> H. G. Gadamer, *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, Paris, 1976.

<sup>118</sup> V. Villa, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in *Théorie du droit et science*, préc., p. 290.

<sup>119</sup> Hay que tener en cuenta las interacciones que existen entre el locutor de un enunciado y su destinatario : E. Pattaro, « Interprétation, systématisation et science juridique », in *Interprétation et droit*, préc., p. 108.

<sup>120</sup> *La logique de la découverte scientifique*, Payot, 1973 ; *Conjectures et réfutations*, Payot, 1985.

<sup>121</sup> Voir par ex. W. Sabete, « La théorie du droit et le problème de la scientificité », in *Arch. phil. droit.* 1999, p. 303.

<sup>122</sup> *Op. cit.*, préface de R. Guastini, p. 5.

<sup>123</sup> *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., Voir *Philosophie du droit*.

<sup>124</sup> *Op. cit.*, p. 195. Voir aussi M. Virally, *La pensée juridique*, p. 31 et s.

<sup>125</sup> *Op. cit.*, p. 205. A. Aarnio, *Dogmatique juridique*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., p. 189. T. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, 1970. U. Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, trad. C. Clavreul, Bruylant-LGDJ, 1996, p. 29.

<sup>126</sup> A. Aarnio, *Dogmatique juridique*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., p. 189.

<sup>127</sup> T. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, 1970.

<sup>128</sup> U. Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, trad. C. Clavreul, Bruylant-LGDJ, 1996, p. 29.

<sup>129</sup> R. Dworkin, « La chaîne du droit », in *Droit et Société*, n° 1, 1985, p. 52.

<sup>130</sup> C. Grzegorzcyk, *La théorie générale des valeurs et le droit*, LGDJ, 1982, p. 115.

<sup>131</sup> Para Hart ésta es la posición de un observador del todo carente de un punto de referencia interno, incluso para poder saber si los miembros del grupo aceptan las reglas, in *Le concept de droit*, trad. M. Van de Kerchove, PFUSL, 1976, p. 114.

<sup>132</sup> F. Ost et M. Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie du droit*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>133</sup> Para Hart (*op. cit.*, p. 114) esta otra es la posición del observador que puede «sin aceptar él mismo las reglas, afirmar que los miembros del grupo sí las aceptan, y así se puede referir desde el exterior a la manera en que los integrantes del grupo las consideran a las reglas desde el punto de vista interno».

<sup>134</sup> F. Ost et M. Van de Kerchove, *op. cit.*, p. 49 et 50. Para Aulis Aarnio, el dogmático del derecho se ubica en un punto de vista auténticamente interno (*Le rationnel comme raisonnable*, Story-scientia-LGDJ,

1992, p. 16).

<sup>135</sup> En efecto, el acto de aceptación de las reglas, caracteriza el aspecto interno, de manera que el autor y los criterios son susceptibles de diferentes interpretaciones (cf. F. Ost et M. Van de Kerchove, *op. cit.*, p. 320 et s.). Ver también la crítica de N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, p. 288 et s., cité in *Le positivisme juridique*, *op. Cit.* p. 129.

<sup>136</sup> J. Lenoble, « La théorie de la cohérence narrative du droit », *Arch. phil. droit.* 1988, T. 33, p. 124.

<sup>137</sup> Hart, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 171 et 172.

<sup>138</sup> Cité par Hart, *op. cit.*, p. 172.

<sup>139</sup> Hart, *op. cit.*, p. 181.

<sup>140</sup> En la *Théorie générale des normes* (p. 352 et s.), Kelsen no admite que una inferencia lógica permita pasar de la norma general a la norma individual. Mas si bien rechaza el silogismo normativo, considera que el proceso de subsunción y de correspondencia son relaciones lógicas. Tratándose de poderes de apreciación del juez con relación a la aplicación de la norma general parece que el pensamiento de Kelsen ha procesado una evolución. En la segunda edición de la *Théorie pure du droit* (p. 242), sostiene que el juez la debe aplicar al caso que le ha sido sometido, mientras que en *Théorie générale des normes* (p. 322), acepta la posibilidad de que se rehúse la aplicación. Precisemos, finalmente, que Kelsen, en la dinámica del derecho, admite el poder del juez de tomar una decisión en ausencia de norma general que imponga una solución, y esto por una habilitación del orden jurídico (*Théorie pure du droit*, 2e éd., p. 244).

<sup>141</sup> R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995, p. 58.

<sup>142</sup> M. Villey, *Ontologie juridique*, in *Seize essais...*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>143</sup> R. Dworkin, *Une question de principe*, PUF, 1996, p. 215.

<sup>144</sup> Aristote, *Les topiques*, I, 1, 100 a) et b).

<sup>145</sup> Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, IIa-IIae, Q. 48.

<sup>146</sup> *Éthique à Nicomaque*, I, 2, 1095 a, 25 et I, 7, 1098 a, 20.

<sup>147</sup> Aristote, *Métaphysique*, Liv. B, 1, 995 a, 35.

<sup>148</sup> C. Atias, *Philosophie du droit*, PUF « Thémis », 1999, p. 243.

<sup>149</sup> Paul, D. 50, 17, 1 : *Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat.*

<sup>150</sup> *Théorie pure du droit*, 2e éd., *op. cit.*, p. 342. Cf. aussi, M. Boudot, *Le dogme de la solution unique*, Thèse Aix-Marseille 1999.

<sup>151</sup> C. Perelman, *Éthique et droit*, éd. Univ. Bruxelles, 1990, p. 633.

<sup>152</sup> C. Perelman, *op. cit.*, p. 500.