

LENGUAJE, HERMENÉUTICA Y DERECHO

Nuria Belloso Martín

INTRODUCCIÓN

Resulta indudable que la vida profesional del jurista no puede permanecer ajena a las palabras, oraciones y textos. No se trata sólo de que utilice el lenguaje como un simple instrumento de su trabajo sino que éste constituye el objeto central de su actividad: el jurista comprende leyes, describe hechos, subsume casos bajo normas y, en definitiva, trabaja con determinados productos lingüísticos y busca su correspondencia con otros textos. Se trata de establecer la correcta relación entre unos textos, los "enunciados de deber" (de carácter abstracto generalmente) y los otros, los casos y supuestos de hecho (más bien concretos). Como señala A. Kaufmann, en este tender puentes radica la especialidad de la actividad jurídica: derecho como "correspondencia entre deber (*Sollen*) y ser (*Sein*)"¹.

El lenguaje, al igual que otras muchas otras cuestiones, comienza a ser investigado a nivel filosófico en el mundo griego. Ya los presocráticos se interesaron por este tema cuando

1. Cfr. KAUFMANN, A. y HAESSEMER, W., *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart*. Edic. española a cargo de G. Robles Morchón. *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Debate, S. A., 1992, p. 221.

afrontaron tanto el problema del origen como el de la naturaleza del lenguaje. Pitágoras, Demócrito y Empédocles consideran el lenguaje como un don de dioses y lo conciben como un espejo que refleja las cosas. Platón y Aristóteles, a diferencia de la caracterización convencional con respecto a su origen y función que habían defendido los sofistas, conciben el lenguaje como instrumento del pensamiento, y dado que el lenguaje hace referencia a las cosas (las ideales para Platón, las materiales para Aristóteles), también el lenguaje tiene la función de representar las cosas, aunque la elección del sonido para representar una cosa (o idea) depende de la decisión del hombre. De ahí que el lenguaje sea un instrumento natural en su función, pero convencional en su origen histórico. San Agustín estudia la relación del lenguaje humano con las cosas y con el verbo interior (que él identifica con el Verbo divino); subordina el lenguaje a las cosas, pero en última instancia lo subordina al Verbo divino, que es la fuente de toda verdad. Los escolásticos se ocuparon del lenguaje estableciendo una clara distinción entre el lenguaje natural y el lenguaje analógico o simbólico. El período romántico marca el comienzo del renacimiento de los estudios filológicos y filosóficos sobre el lenguaje. La atención se centra en torno al problema del origen del lenguaje, que se considera natural y en torno al problema de la relación entre lenguaje y pensamiento, entre el lenguaje y la cultura: el lenguaje se contempla como expresión del alma y de la cultura de un pueblo.

En nuestro siglo, con la llegada del lenguaje a la cima de la jerarquía de los intereses de los filósofos, la problemática que encierra puede verse desde diversas perspectivas: así, desde la *semántica*, se busca un criterio general de significación (es el caso de los neopositivistas y de los analistas del lenguaje); desde la *gnoseológica*, en que se contempla el lenguaje como instrumento de conocimiento (Gadamer y sus discípulos consideran el lenguaje como sustrato permanente de todo conocimiento); desde la *ontológica*, en su relación con el ser (Heidegger ve en el

lenguaje lo que hace posible la aparición, el alumbramiento del ser); desde la perspectiva *social* (es el aspecto que interesa ante todo a los estructuralistas, que ven en el lenguaje la estructura soporte de todas las estructuras de la sociedad y la que hace posible su comprensión); y, por último, desde la perspectiva *psicoanalítica* (para Freud y sus discípulos, los misterios del subconsciente salen a la luz en el lenguaje).

Toda la historia de la filosofía está llena de acciones y reacciones: las de Heráclito contra Parménides, de Sócrates contra los sofistas, de Aristóteles contra Platón, de los estoicos contra los epicúreos, de Escoto contra Santo Tomás, de los empiristas contra los racionalistas, de los materialistas contra los idealistas, etc. Y, por otro lado, tenemos las contrarreacciones de Empédocles contra Heráclito, de los neoplatónicos contra Aristóteles, de Ockham contra Escoto, de los idealistas contra los empiristas, de los espiritualistas contra los materialistas, etc. Pero además de estas reacciones y contrarreacciones que podríamos llamar de clase, tenemos otras mucho más amplias y profundas que se pueden llamar globales y que Kant ha denominado "revoluciones copernicanas". La filosofía moderna enumera al menos tres grandes reacciones o revoluciones de esta índole: la de Descartes, que sacaba a la filosofía de su encarrilamiento metafísico para imprimirle una orientación gnoseológica; la de Kant, que revolucionaba el modo de concebir el conocimiento no ya en cuanto modificación del sujeto por parte del objeto, sino de éste por parte de aquél; y por último, la del positivismo lógico, que sacaba a la filosofía del campo de la metafísica y también del campo del conocimiento para encaminarla al terreno del lenguaje².

2. Cfr. MONDIN, B., *¿Cómo hablar de Dios hoy? El lenguaje teológico*. Traducción de J. Aguirre Muñoz de Morales. Ediciones Paulinas, 1979, pp. 20-23.

Vid. CAPELLA, J. R., *El Derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968; también, OLIVECRONA, K., *Lenguaje jurídico y realidad*. Traducción de E. Garzón Valdés. Centro de Ed. de América Latina, Buenos Aires 1968.

Nuestro siglo se ha visto invadido por lo que se ha denominado el giro lingüístico de la filosofía, al centrarse éste en el análisis del lenguaje. Sin embargo, hay que hacer constar que este análisis no puede reducirse al que realiza la denominada "filosofía analítica" y que no es otra cosa que la prolongación del positivismo por medio de lo que se ha dado en llamar positivismo lógico. El tema del lenguaje en la filosofía actual enlaza no sólo con la filosofía analítica, de corte anglosajón, sino también con la tradición de las *Geisteswissenschaften*, representada por el neokantismo y por autores tales como Dilthey, y que se hicieron más explícitas en la obra de Gadamer. Se trata de la línea de la filosofía hermenéutica, llegándose así a la posibilidad de aplicación de esa simbiosis analítico-hermenéutica al campo del derecho, entendido éste como lenguaje. Como podemos observar, el principal aporte de la hermenéutica es haber comprendido que el lenguaje, en su sentido más amplio, es la base ontológica constitutiva de nuestro conocimiento. No sólo porque el conocimiento se transmite mediante el lenguaje, sino, sobre todo, porque conocemos desde éste.

Así por ejemplo, considera Enrico Pattaro³ que la Filosofía del derecho consiste en el análisis del lenguaje que es derecho o que tiene que ver con el derecho, aunque ello no le impide entender que convendría introducir ciertas correcciones en esta amplia formulación. Por un lado, hay que tener presente que no todos los metalenguajes son Filosofía del derecho: "El trabajo filosófico consiste precisamente en conseguir que el lenguaje recupere el orden, la claridad y la funcionalidad, restituyéndole esa capacidad que había perdido de realizar un eficaz servicio lingüístico", mientras que no es necesario el análisis filosófico cuando nos encontramos ante un lenguaje claro. Por otro lado, Pattaro se

3. *Filosofía del Diritto, Diritto, scienza giuridica*. Traducción de J. Iturmendi Morales. *Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia jurídica*, Madrid, Reus, 1980.

encuentra ante el problema de que la formulación que define el objeto sobre el que ha de ejercerse el análisis lingüístico es desmesuradamente amplia: "el derecho y todo lo que tiene que ver con el derecho", por lo que, tras algunas disquisiciones, acaba concluyendo que, "la Filosofía jurídica, como se ocupa de entidades lingüísticas (de lenguajes) que o son derecho o al menos tienen que ver con éste, se ocupa de lo que, según la tradición, es derecho y tenga que ver con él"⁴.

Así pues, a juicio de Pattaro, el derecho es *solamente* lenguaje. Es decir, sólo el aspecto del lenguaje del derecho es susceptible de conocimiento, ya que de las dos formas posibles de éste (Filosofía y ciencia), la primera sólo es análisis del lenguaje y la segunda no existe en el sentido estricto de ciencia. Esto implica desconocer que el derecho es una *realidad* que puede expresarse a través del lenguaje pero que no se reduce a lenguaje. Si aún así, aceptamos como hipótesis que el derecho es lenguaje, en cualquier caso sería lenguaje de ciertas características que, obviamente, no podrían reducirse a lingüisticidad. En caso contrario, se llega a la extravagante conclusión de que todo lenguaje es derecho. Y esto no puede aceptarse ya que hay algo que define al lenguaje que es derecho distinguiéndolo del lenguaje que no es derecho, y ese algo tiene que ser necesariamente extralingüístico.

Para Pattaro, la Filosofía es metalenguaje, pero no todos los metalenguajes son Filosofía. Es metalenguaje en el sentido de que es un metalenguaje al menos de segundo grado, ya que el derecho es lenguaje y, por consiguiente, discurso de primer grado. La Filosofía del derecho es un discurso sobre un discurso de primer grado, que es el derecho. Pero a su vez, el discurso sobre el derecho puede ser de muy distinto carácter. El hombre de la calle "habla" sobre el derecho. El jurista práctico (abogado, juez, funcionario) también, al igual que lo hace el profesor, el político,

4. *op. cit.*, p. 97. Vid. ROBLES MORCHÓN, G., *Epistemología y Derecho*, Madrid, Pirámide, S. A., 1982, pp. 47-48.

etc. Lo que cambia es la pluralidad de discursos posibles sobre el lenguaje que es derecho. Si la Filosofía del derecho se reduce a ser un análisis del lenguaje que es derecho y se admite la existencia de posibilidades diversas de análisis de ese específico lenguaje, se ha de fijar el criterio que diferencia al análisis filosófico del análisis que carece de este apelativo. A juicio de G. Robles Morchón, Pattaro suministra pues un criterio que es poco convincente: sólo cuando el lenguaje examinado necesita de aclaración estamos ante un análisis filosófico. En caso contrario no⁵.

La Filosofía del derecho, en cuanto trata de poner "orden, claridad y funcionalidad" en ese lenguaje, es un metalenguaje. Pero poner "orden, claridad y funcionalidad" en un lenguaje no es sino interpretar ese lenguaje. Siguiendo pues este hilo conductor, cabe preguntarse si la Filosofía jurídica se reduce así a interpretación del derecho. En este sentido habría que considerar a la teoría de la interpretación, que se propone hallar el método idóneo de la interpretación jurídica, como una parte de la Filosofía del derecho, y en cuanto tal no está sometida al lenguaje de ningún legislador, sino que más bien trata de aclarar cuáles son los criterios más idóneos para entenderlo. No es pues, su tarea el análisis del lenguaje del legislador, sino el establecimiento de los

5. G. ROBLES MORCHÓN señala tres graves inconvenientes que se plantean con esta postura. El primero es el de que no hay un lenguaje lo suficientemente claro como para que no precise del análisis. El segundo es que incluso aquellos discursos sobre el lenguaje que es derecho que no pretenden ser filosofía, intentan, sin duda, clarificar el lenguaje que tienen por objeto. La vía que propone Pattaro no permite encontrar la diferencia entre el metalenguaje que es Filosofía del derecho, y el metalenguaje que no es Filosofía del derecho. Por último, si se acepta la propuesta de Pattaro, las zonas lingüísticas "claras" del ordenamiento jurídico no pueden ser objeto de análisis lingüístico y, por tanto, no pueden ser objeto de la Filosofía del derecho. Se llega de esta forma a sostener la conclusión de que no hay propiamente una Filosofía del derecho, sino sólo una Filosofía de una parte del derecho, la que está oscura y, por tanto, necesita orden y claridad (Cfr. *op. cit.*, pp. 52-53).

criterios mejores para realizar el análisis⁶. Teniendo en cuenta estas premisas, conviene pues analizar más detenidamente la relación entre lenguaje y filosofía jurídica con las nuevas perspectivas que la interpretación y la hermenéutica pueden introducir en nuestra Filosofía del derecho.

1. LA FILOSOFÍA DEL LENGUAJE

La teoría analítica del derecho tiene sus raíces en la filosofía analítica que se orientó hacia la física y las matemáticas, tales como la de B.A.W. Russell y A. N. Whitehead e incluso también bajo el influjo de Ludwig Wittgenstein, aunque de manera ciertamente diferente en el primer Wittgenstein del *Tractatus logico-philosophicus* al segundo Wittgenstein de las *Philosophische Untersuchungen*⁷. Para estos filósofos es un error que la filosofía intente alcanzar conocimientos que van más allá de la percepción por lo que sólo puede tratar de mostrar, a través del análisis del lenguaje, que las cuestiones y los enunciados metafísicos carecen de sentido al estar producidos por malentendidos del lenguaje. Esta, como veremos, constituye también la base de la teoría analítica del derecho cuyos representantes más destacados hay que buscarlos en el ámbito anglo-americano (John Austin, H.L.A. Hart, Alf Ross, etc.).

La meta que se proponían era la de alcanzar enunciados "evidentes", estrictamente comprensibles sobre el derecho, por medio del análisis lógico-lingüístico, con estricta separación entre derecho y moral y de proposiciones empíricas y normativas. Ya en la antigüedad se había impuesto la conciencia de que el lenguaje no siempre funciona de modo enteramente fiable. Los

6. Cfr. *Ibidem*, pp. 55-57.

7. *Investigaciones Filosóficas*. Traducción castellana: Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1980.

sofistas griegos habían formulado numerosas paradojas, del estilo de la del cretense mentiroso, poniendo de evidencia esta idea. Pero hasta principios de este siglo –incitados por la llamada paradoja de Russell– no se había intentado solucionar el problema de las paradojas. Se reconoce que el lenguaje no siempre funciona de modo seguro y que se debe atender cuidadosamente al empleo del lenguaje con el fin de no cometer faltas, por ejemplo, hablar con sentido en vez de "sinsentidos". Así, el lenguaje pasa a ser el objeto mismo de la investigación, aprovechando la nueva pluralidad de conocimientos lógicos y lingüísticos sobre el lenguaje (Vg. la lingüística estructural fundada por Saussure⁸).

8. Vid. GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Lo fáctico y lo sígnico. Una introducción a la semiótica jurídica*. Pamplona, Eunsa, 1995, pp. 323-371.

F. SAUSSURE en su *Cours de linguistique générale* (Lausan, 1916) intenta devolver la plena independencia a la lingüística con respecto a la semántica, a fin de hacer de ella una ciencia exacta, abstracta y general, capaz de explicar el lenguaje por el lenguaje. La lingüística puede ser una ciencia autónoma que se limita a sí misma y que trata de la combinación de signos, sonidos, objetos o ideas y de sus elementos sin referirse a las intenciones de los que hablan ni a los objetos designados. De esta forma, el lenguaje es como una estructura sin relación alguna con las cosas ni con las ideas. Una vez fijado el ámbito de la investigación lingüística, Saussure ofrece la siguiente explicación del lenguaje. El lenguaje está formado por determinados sonidos que constituyen un sistema de símbolos, los cuales son entendidos inmediatamente por quienes los oyen. No se trata, sin embargo, de una mera colección de palabras. Es, por el contrario, una totalidad en la que todo elemento se entiende tan sólo en su relación con el conjunto. Los sonidos de las palabras son totalmente indeterminados fuera de su integración en un sistema fonológico.

Lo esencial de la teoría lingüística saussureana ha sido fijado por Lévi-Strauss en los cuatro puntos siguientes: 1. el método fonológico intenta pasar de los fenómenos lingüísticos conscientes a sus infraestructuras inconscientes; 2. los términos no son tratados como entidades independientes, es decir, que el análisis debe basarse en las relaciones entre los términos; 3. de esto es de lo que trata el lenguaje en cuanto sistema, mostrando que existen sistemas fonológicos concretos y descubriendo sus estructuras; 4. esto es finalmente lo que intenta conseguir, ya sea mediante la inducción como mediante la

a) *El neopositivismo lógico*

El neopositivismo, llamado también positivismo lógico, que compartirá algunos elementos con la filosofía analítica inglesa, considera que la filosofía no constituye una fuente de conocimientos ni de acción, y su campo de análisis no es otro que el lenguaje, las proposiciones o enunciados lingüísticos, los cuales constituyen el lugar donde se hacen públicos los datos del conocimiento. Ahora bien, las coincidencias e influencias entre uno y otro no implican su identificación. La filosofía neopositivista se centrará en el estudio del lenguaje científico, mientras que la filosofía analítica tiene su ámbito de acción en el estudio del lenguaje ordinario.

El atomismo lógico de B. Russell pretendía ser una filosofía que surgía de la simbiosis entre un empirismo radical y una lógica perspicaz. La lógica brindaba las formas estandarizadas del correcto funcionamiento y el empirismo aportaba las premisas consistentes en proposiciones atómicas o proposiciones complejas, construidas a partir de aquellas. Llamaba atomismo lógico a su doctrina porque los átomos a los que deseaba llegar como elemento último de análisis eran átomos lógicos y no átomos físicos. La proposición atómica describe un hecho, afirma que una cosa posee determinada cualidad o que ciertas cosas mantienen entre sí determinadas relaciones. Por su parte, un hecho atómico es lo que convierte en verdadera o en falsa una proposición atómica: "Sócrates es ateniense" es una proposición atómica y expresa el hecho de que Sócrates es un ciudadano de Atenas. "Sócrates es ateniense y fue condenado a beber cicuta" es una proposición compleja o molecular⁹. Se preguntaba si el

deducción: llegar al conocimiento de leyes generales y formular relaciones necesarias (Cfr. MONDIN, B., *op. cit.*, pp. 35-36).

9. Cfr. REALE, G., y ANTISERI, *Historia del Pensamiento filosófico y científico*. Traducción de J. Andrés Iglesia. vol.III. *Del Romanticismo hasta hoy*. Barcelona, Herder, 1988, p.57.

mundo podía ser reducido a elementos simples que enlazaran con los átomos lógicos, es decir, el problema de si el mundo de experiencia humana al que se refiere el conocimiento puede ser expresado en un sistema lógico de lenguaje que, en último término, se resuelve en átomos lógicos.

Por otro lado, la lógica no es para Wittgenstein sino la forma que debe tener el lenguaje para poder ser expresión correcta de los hechos. De ahí su contribución, junto con Russell, a la formación del neopositivismo lógico (acentuando la palabra "lógico") del *Wiener Kreis*. El objetivo, pues, del pensamiento de Wittgenstein sería mostrar el isomorfismo de una forma ideal de lenguaje (que él va a crear en el *Tractatus logico-philosophicus* interpretando los *Principia* de Russell) con la realidad. Wittgenstein pretende encontrar la relación que debe haber entre una proposición y un hecho para que la primera sea capaz de ser símbolo del segundo porque, ¿qué relación debe haber entre un hecho (una proposición, por ejemplo) y otro hecho para que el primero sea capaz de ser símbolo del segundo? Esta última es una cuestión lógica y constituye objeto de especial atención por parte de Wittgenstein. Estudia las condiciones de un simbolismo correcto, es decir, un simbolismo en el cual una proposición "signifique" algo suficientemente definido. En la práctica, el lenguaje es siempre más o menos vago, ya que lo que afirmamos no es nunca totalmente preciso. De esta forma, la lógica ha de tratar de dos problemas en relación con el simbolismo: 1°. Las

Sobre esta temática *vid.* PONTE ORVIETO, M. (da), *La unidad del saber en el neopositivismo*. Traducción de A. Curras Rabade. Madrid 1969; también, CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica*. Barcelona, Ariel, S.A., 1986; también, DOU, A. (Edit.), *Lenguajes científico, mítico y religioso*. Bilbao, Ed. Mensajero, 1980; y MONSERRAT, J., *Epistemología evolutiva y teoría de la ciencia*. Madrid, U.P.C.M., 1984.

El neopositivismo lógico encontró su expresión inicial a principios del siglo XX en Viena (el llamado Círculo de Viena (Schlick, Carnap, Neurath, Nagel, entre otros), extendiéndose después al grupo de Berlín (Reichenbach, Hempel) y al grupo de Varsovia (Tarski).

condiciones para que se de el sentido mejor que el sin-sentido en las combinaciones de símbolos; 2°. Las condiciones para que exista unidad de significado o referencia en los símbolos o en las combinaciones de símbolos. Un lenguaje lógicamente perfecto tiene reglas de sintaxis que evitan los sinsentido, y tiene símbolos particulares con un significado determinado y único. Wittgenstein estudia las condiciones para un lenguaje lógicamente perfecto¹⁰. La tesis fundamental de Wittgenstein es que la función esencial del lenguaje (que él trata de describir "idealmente") es afirmar o negar los hechos. El lenguaje debe expresar los hechos y de ahí que entre hecho y lenguaje deba existir una común estructura, un isomorfismo.

En el *Tractatus* escribe que, "El verdadero método de la filosofía sería propiamente éste: no decir nada más que lo que se pueda decir, esto es, las proposiciones científicas –cosa, por tanto, que no concierne a la filosofía–. Y en el momento en que alguien intenta proferir cualquier enunciado metafísico, debería demostrar que en sus proposiciones no ha presupuesto un significado para ciertos signos"¹¹. En esta línea se evidencian los

10. WITTGENSTEIN, L., *Tractatus logico-philosophicus*. Edición bilingüe. Madrid, Alianza, 1974. Prólogo de B. Russell.

11. *Op.cit.*, prop. 6, 53. La proposición 6,522 dice lo siguiente: "Todo lo que puede ser conocido, puede ser expresado en las proposiciones de la ciencia. Fuera de ella está la mística, que no es expresable".

Para los neopositivistas lógicos en general, una oración sólo tiene sentido cuando el modo de su verificación es conocido. Esa verificación debe ser conocida a través de la referencia a hechos dados en la experiencia inmediata. Una oración como "Dios es la esencia del Derecho" no tiene sentido porque en ella la verdad no puede ser verificada, en la medida en que sus proposiciones no tienen correspondencia directa con los hechos. Esta oración corresponde al campo de la metafísica, siendo función de la filosofía detectarla e indicar su exclusión del lenguaje de las ciencias.

Con razón se ha señalado que las formas inagurales del neopositivismo lógico –por pretender crear un nuevo tipo de filosofía– representan una convicción filosófica antikantiana. Dicho de otro modo, éstas atacarían el propio objeto de una lógica transcendental, al proponer una condición de

tres cánones fundamentales del neopositivismo o positivismo lógico, que son los siguientes: 1º. los problemas filosóficos pueden ser resueltos con el solo análisis del lenguaje ("el verdadero método de la filosofía sería éste"); 2º. sólo tienen sentido las proposiciones experimentales, fácticas o científicas ("no decir nada más de lo que se pueda decir, esto es, las proposiciones científicas"); 3º. las proposiciones de la metafísica, igual que las de la estética, las de la religión, las de la moral, etc. no tienen un contenido, dado que todo contenido procede de la experiencia, y por tanto son carentes de sentido ("en el momento en que alguien intentara proferir cualquier enunciado metafísico, debería demostrar que en sus proposiciones no ha presupuesto un significado para ciertos signos"). Sobre estos postulados se fundamenta la tesis principal del neopositivismo (que es la misma tesis del positivismo, pero sin basarse ya en razones gnoseológicas, sino en razones semánticas): la tesis de lo absurdo (o, más exactamente, la tesis de la no-sensatez) de la metafísica, de la ética, de la estética y de la religión.

sentido que inscribiría el *a priori* intuitivo en la clase de las oraciones sin sentido. Puede observarse que en esta perspectiva neopositivista, la Filosofía del Derecho quedaría reducida a investigación lógica y de los usos del lenguaje natural del derecho, es decir, sería una instancia de control sobre el buen funcionamiento del lenguaje de las ciencias jurídicas (constituyendo una especie de epistemología jurídica) y del lenguaje empeñada en las diversas prácticas interpretativas del derecho (como una teoría de la interpretación de la ley vista como un discurso persuasivo).

Y en una situación semejante a la metafísica se encontraría el pensamiento iusnaturalista que postula la existencia de un derecho natural, transcendente, esencialmente justo e intuitivamente comprendido. Estos atributos no pueden tampoco ser empíricamente verificados y, por consiguiente, no se puede determinar su verdad. Siendo así, estos estarían imposibilitados para integrar el lenguaje de la ciencia jurídica, ya que también constituirían oraciones sin sentido. Generalizando, algunas preocupaciones clásicas de los juristas, como sus interrogantes acerca de la esencia del derecho o de la definición de justicia, no tendrían sentido, serían falsos problemas levantados por la Filosofía del Derecho (WARAT, L. A., y BASTOS PÊPE, A. M., *Filosofia do Direito. Uma introdução crítica*. São Paulo, Editora Moderna, 1996, pp.35-38).

El Círculo de Viena considera que el conocimiento científico halla su expresión en el lenguaje. El conocimiento se fija y se objetiva, se hace público y comunicable sólo mediante la formulación lingüística. Sin embargo, el análisis lógico no tiene que ver con el lenguaje en el sentido de la lingüística sino con el lenguaje considerado como representación: "Lenguaje en este sentido es representación de un campo de objetos mediante un sistema de signos... Los signos tiene un significado y precisamente por ello son signos y no meramente sonido o figura. Remiten fuera de ellos mismos, se refieren a contenidos conceptuales enunciativos, los representan"¹². El lenguaje, considerado como un sistema de signos, presenta dos caras: la cara sintáctica y la cara semántica. La primera hace referencia al modo cómo éste representa algo, al modo cómo se combinan sus signos; la segunda hace referencia al lenguaje como representación de algo, a lo que representa, al contenido significativo de los signos. Al análisis sintáctico del lenguaje le interesan sólo las estructuras formales del sistema de representación. Se toman los signos como meras formas, visibles o audibles, y su conexión en proposiciones como meras sucesiones de signos, como fórmulas, y la inferencia de unas proposiciones partiendo de otras como la transformación de tales sucesiones de signos en otras. Es el lenguaje como puro cálculo.

A diferencia de Wittgenstein, quien consideraba que estamos de algún modo dentro del lenguaje y no podemos salir de él, otros pensadores del Círculo de Viena, entre ellos Rudolp Carnap, entendían que es perfectamente posible hablar del lenguaje y de sus estructuras. Afirma que el cometido de la filosofía no consiste en construir teorías o sistemas, sino en elaborar un método, el método del análisis lógico o lingüístico y aquilatar con él todo cuanto se afirma en los distintos campos del saber. Parte pues del

12. KRAFT, V., *Der Weiner Kreis*. Traducción de F. García. *El Círculo de Viena*. Madrid, Taurus, 1977, pp.39-40.

Vid. también ALBADALEJO MAYORDOMO, T., *La lingüística del texto*. En: "Introducción a la lingüística". Madrid, Alhambra, 1983.

carácter defectuoso del lenguaje y quiere superarlo mediante la construcción de una sintaxis lógica, la cual pretende proporcionar un entramado conceptual de un lenguaje, con cuyo auxilio sean formulables con exactitud los resultados del análisis lógico. El mencionado método tiene una doble función: a) eliminar las palabras exentas de significado y consecuentemente las pseudo-proposiciones; b) explicar los conceptos y las proposiciones que sí tienen sentido, para dar una fundamentación lógica a la ciencia experimental y a la física¹³. Con su obra *Sintaxis lógica del lenguaje*¹⁴, contribuyó a centrar en el lenguaje la atención de los neopositivistas y de la filosofía analítica. Los impulsos para esta obra venían de tres direcciones: Carnap quería mostrar que ciertos conceptos fundamentales de la lógica formal (deductiva) son conceptos puramente sintácticos; quería mostrar además, que muchas controversias filosóficas pueden reducirse a la cuestión de "en qué lenguaje" se tratan determinados ámbitos, o deben formularse determinadas teorías. Pretendía mostrar con ello cómo se pueden investigar comparativamente diversos modos de expresión lingüística y, en caso de necesidad, cómo se pueden construir también nuevos lenguajes para tales fines. Por último, quería mostrar un camino para formular los problemas filosóficos en un "meta-lenguaje", es decir, en el lenguaje que fuera adecuado para hablar de estructuras lingüísticas.

Carnap distingue entre lenguaje-objeto, como el lenguaje con el que se habla, y meta-lenguaje, como el lenguaje del que se habla del lenguaje-objeto. La necesidad de establecer esos dos niveles de lenguaje surge cuando tomamos como objeto de nuestra reflexión el propio lenguaje. El sentido de esa distinción viene dado, según los lógicos positivistas, por la incapacidad de los lenguajes de producir procesos de autocontrol sobre la ley

13. CARNAP, R., *Überwindung der Metaphysik durch logische Analyse der Sprache*. En: "Erkenntnis" II (1931-32) pp.236-238.

14. CARNAP, R., *Logische syntax der Sprache*. 2ª ed., 1968.

de su organización lógica. Se necesita entonces la construcción de otro nivel de lenguaje a partir del cual se pueda hacer una investigación problematizadora de los componentes y estructuras del lenguaje que se pretende analizar. La unidad de análisis de cualquier sistema lingüístico es, por consiguiente, el signo, que a su vez se compone de dos elementos: indicador, situado en el plano de la expresión, de naturaleza siempre material (grafía, gesto) y el indicado, constituido por la situación significativa (fenómeno, hecho), que conseguiremos comunicar mediante el indicador. El signo puede ser estudiado desde tres perspectivas diversas, en función de que puede ser considerado como elemento que mantiene tres tipos de vinculaciones: con los otros signos, con los objetos que designa, o con las personas que lo utilizan. La primera vinculación es llamada *sintaxis*; la segunda, *semántica*; la tercera, *pragmática*. Estos tres niveles de análisis constituyen las partes de la semiótica, entendida como la teoría general de todos los signos y sistemas de comunicación¹⁵.

15. RUDOLF CARNAP, conforme a los patrones del positivismo lógico, propone una división de la semiótica en pura y descriptiva, según que, en el primer caso, se pretenda construir un lenguaje ideal para hablar sobre los signos y, en un segundo caso, estudiar los signos ya existentes entre los diversos tipos de lenguaje natural. Esta división marca la separación entre el positivismo lógico y la filosofía del lenguaje ordinaria, puesto que el primero, centrado en la semiótica pura, procura abordar la constitución de lenguajes ideales que sirvan de modelos en la obtención de discursos más rigurosos para la ciencia; la segunda, basándose en la semiótica descriptiva, se centra en la comprensión de impresiones o posibles distorsiones que surgen de la falta de entendimiento del funcionamiento del lenguaje natural.

UMBERTO ECO nos ofrece en su obra dos definiciones de semiótica: la de Saussure y la de Peirce (*Tratado de semiótica general*. Traducción de C. Manzano. Barcelona, Lumen, 1977, pp. 43-47).

Por su parte Mario JORI, refutando algunas ideas de B. S. Jackson en su *Semiotics and Legal Theory* (London 1985), advierte que la diferencia entre iusnaturalismo e iuspositivismo no puede reducirse a una diferencia entre una concepción sintáctica y una semiótica del derecho. Incluso el iuspositivismo, en su propia teoría normativa de la validez, resume obviamente considera-

Podríamos, en definitiva, destacar como tesis fundamentales de la filosofía neopositivista –aunque estos autores no dejaran de presentar ciertas disparidades– las siguientes: 1º. el principio de verificación constituye el criterio de distinción entre proposiciones sensatas y proposiciones insensatas, de manera que dicho principio se configura como criterio de significación que delimita la esfera del lenguaje sensato con respecto al lenguaje carente de sentido, que sirve para expresar el mundo de nuestras emociones y miedos; 2º. basándose en ese principio, sólo tienen sentido las proposiciones que pueden verificarse empírica o fácticamente, esto es, las aserciones de las ciencias empíricas; 3º. la matemática y la lógica constituyen únicamente conjuntos de tautologías, estipulados de forma convencional e incapaces de decir algo acerca del mundo; 4º. la metafísica, junto con la ética y la religión, al no estar constituidas por conceptos y proposiciones verificables de modo fáctico, son un conjunto de preguntas aparentes que se basan en pseudo-conceptos; 5º. la labor que debe realizar el filósofo serio consiste en un análisis de la semántica (la relación entre lenguaje y realidad a la que se refiere aquél) y de la sintaxis (relación recíproca entre los signos de un lenguaje) del único discurso significativo: el discurso científico; 6) por lo tanto, la filosofía no es una doctrina, sino una actividad, actividad esclarecedora del lenguaje¹⁶.

ciones semánticas y no sólo sintácticas (Cfr. *Semiotica e Teoria del Diritto*. En: "R.I.F.D." (1987) p. 217).

16. La publicación en 1934 de la obra de Karl POPPER va a representar una seria crítica de las posiciones fundamentales del positivismo al tiempo que establece una nueva teoría de la ciencia, el "racionalismo crítico". Entiende Popper que no es posible una pura constatación de lo dado en la experiencia, ya que el hombre siempre interpreta lo dado en ella (por esto la lógica del conocimiento consiste en contrastar las interpretaciones); ahora bien, esta pretensión es básica en el fenomenalismo y está sumergida en el fondo del fisicalismo. Asimismo, considera que la interpretación "constructivista" de que la ciencia es un proceso de formalización lógica de lo dado en la experiencia es

b) *La filosofía analítica*

Como ya sabemos, el lenguaje del derecho no puede apartarse de la complejidad del mundo real. No puede perder su íntima conexión con el lenguaje ordinario. Con medios, aunque sean limitados, se ha de intentar reflejar la ilimitada complejidad de la realidad y, además, cargarla con valoraciones. El objetivo de conseguir un lenguaje que tuviera el carácter de "uni-vocidad", lenguaje en el que sólo lo racional pudiera ser conocido y transmitido (y con el que, al mismo tiempo, se pronunciara la condena de toda idea de metafísica y de trascendencia) no era posible: el lenguaje –y también el lenguaje del derecho– solo puede ser "pluri-voco". Como señala A. Kaufmann, en este sentido hay que tener en cuenta la bidimensionalidad del lenguaje.

también errónea: la ciencia sólo plantea enunciados por especulación y los contrasta deductivamente.

A ello hay que añadir que para Popper no existe la posibilidad de verificaciones absolutas: únicamente la posibilidad de mostrar una teoría como falsa. Por consiguiente, Popper interpreta la comprobación de verdad en sentido negativo: resistencia a las pruebas de falsación diseñadas por medio de la referencia a los enunciados básicos. Pero aunque no admita una verificación positiva de la verdad, el hecho es que las pruebas de falsación posibilitan que una serie de enunciados y teorías se consideren provisoriamente como verdaderos. Resistir una prueba de falsación no es verificar un enunciado sino simplemente reconocer que, de momento, resiste a la confrontación con la experiencia y puede ser considerado provisoriamente como correcto o útil para actuar sobre la realidad. Para verificar completamente la proposición "todos los cisnes son blancos", habría que examinar posiblemente un número infinito de casos, mientras que para refutarla bastaría con mostrar un cisne negro. (Cfr. *The logic of scientific discovery*. Traducción de V. Sánchez de Zavala. *La lógica de la investigación científica*, 1ª ed., 6ª reimp. Madrid, Tecnos, 1982).

"Síguese que doctrinas como el marxismo, el psicoanálisis y otras que alardean de científicas, pueden ser laboriosas y hasta interesantes y sugerentes, pero no científicas por la sencilla razón de no permitir que la deducción pueda llevarse hasta alcanzar proposiciones que puedan ser sometidas a falsación. La ciencia avanza descartando errores y sin poder presumir de haber alcanzado la verdad definitiva" (FARTOS MARTÍNEZ, M., *Karl Popper in memoriam*. Diario *El Norte de Castilla*, 21 de septiembre de 1994).

Una dimensión, la horizontal, sería la racional-categorial; la otra dimensión, la vertical, sería la intencional-metafórica. En la relación entre lógica y hermenéutica jurídica podríamos acudir a esta distinción: primero aparecen los racionalistas, exigentes, activos y absolutos, y después vienen los intencionalistas, que se muestran escépticos, formulan sus dudas, etc¹⁷. Aplicando esto a la capacidad lingüística, como hemos visto, el racionalismo no consiguió su propósito y ello condujo a una reacción intencionalista. Esta se muestra claramente en Wittgenstein quien llegó a reconocer graves errores en su anterior doctrina, lo que le movió a prescindir de la exigencia de explicación científica exacta para el lenguaje y a desarrollar una filosofía del lenguaje ordinario¹⁸.

Algunos autores se ocuparon principalmente del lenguaje ordinario. Así por ejemplo, para J. L. Austin hay que tomar en consideración el lenguaje en sí mismo porque el análisis de áreas lingüísticas filosóficamente sensibles (la percepción, la responsabilidad, etc.) puede mostrar toda una gama de expresiones que están allí y que existen porque han sido exigidas, y si han sido exigidas dicen algo, cuestión que en cambio pasan por alto las excesivamente simplificadoras dicotomías de los filósofos. Si en el lenguaje ordinario hallamos, por ejemplo, cincuenta expresiones que indican distintos grados de atribución de responsabilidades, ¿por qué el filósofo no ha de tenerlas debidamente en cuenta? Más aún: el análisis del lenguaje ordinario nos muestra entidades lingüísticas con las que no nos limitamos a decir cosas, sino que también las hacemos¹⁹.

17. Cfr. *op.cit.*, p.227.

18. Asimismo, hay que tener en cuenta que la hermenéutica jurídica forma también parte del contexto intencionalístico y conscientemente se concibe como polo opuesto al racionalismo, especialmente a la lógica jurídica.

Vid. NUBIOLA, J., *La renovación pragmatista de la Filosofía analítica. (Una introducción a la filosofía contemporánea del lenguaje)*. Pamplona, Eunsa, 1994.

19. En *How to do things whit words* (Oxford-New York, 1962), J. AUSTIN estableció cuál era la diferencia entre enunciado declarativo o indicativo y

Hay que advertir además que la filosofía analítica sufrió numerosos ataques en cuanto que "filosofía del lenguaje ordinario", críticas que no siempre fueron acertadas. En efecto: 1°. es falso afirmar que la filosofía analítica practique el culto al uso corriente del lenguaje y se desinterese de los lenguajes técnicos. ¿Acaso los lenguajes de la matemática, la lógica, el derecho, la física, la psicología y la teología son lenguajes ordinarios o aserciones del sentido común? No lo son y sin embargo en Cambridge y Oxford todos estos estratos lingüísticos constituyen fecundos ámbitos de investigación; 2°. es falso afirmar que la filosofía analítica, debido a su preocupación por el lenguaje y las palabras, rehuya los problemas fácticos. Entre otras cosas, se perfecciona y se trata de comprender mejor el funcionamiento del lenguaje, para entender con más profundidad el mundo de los hechos a que se

enunciado realizador o ejecutante. El primero puede ser verdadero o falso ("Mañana parto hacia Roma"), mientras que el segundo es feliz o infeliz ("Te prometo que...", "juro que..."). Sin embargo, en el transcurso del análisis esta distinción acabó por desvanecerse, ya que el enunciado indicativo también puede ser realizador: "mañana parto hacia Roma" equivale al enunciado ejecutante del tipo "te aseguro que mañana parto hacia Roma". Como señala M. EL SHAKANKIRI, "Austin distingue et sépare, dans sa méthodologie juridique, "déontologie". Il analysera les intérêts, les calculera, pour proposer au souverain les lois telles qu'elles doivent être. Le juriste n'est pas concerné par l'elaboration de la loi" (*Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américains de Bentham a Hart*. En:"A.F.D." (1970) pp.130-131).

"La filosofía hermenéutica comparte por lo tanto con la filosofía analítica del lenguaje corriente, que también llega a conclusiones similares por otros caminos, el conocimiento de que el significado de las cosas pueda deducirse observando de qué manera las palabras se hallen, de hecho, empleadas en un contexto concreto" (ZACCARIA, G., *Entre hermenéutica y analítica: del contraste a la colaboración*. En:"A.F.D." X (1993) pp. 297-298).

Vid. CAMPS, V., *Pragmática del lenguaje y filosofía analítica*. Barcelona, Ed. Península, 1976; también MUGUERZA, J., *Esplendor y miseria del análisis filosófico*. En:"La concepción analítica de la filosofía". vol.1-2. Madrid, Alianza Universidad, 1974; y RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., *La filosofía lingüística y la teoría del derecho analítica: H.L. Hart*. En:"A.F.D." VII (1990) pp. 479-502.

refiere el lenguaje; 3°. Es falso afirmar que el sentido común y el lenguaje ordinario sean para los analistas la panacea ante todos los problemas que se presentan en el ámbito de la filosofía. El lenguaje ordinario en el ejercicio de la terapia lingüística no es más que la primera palabra de la filosofía, pero no la última²⁰.

Como hemos podido observar, la teoría analítica, en su pretensión epistemológica, llegó a crear el tópico del lenguaje axiomatizado o estereotipado a imagen de una ciencia jurídica ajena a las funciones que la ley cumple en la sociedad. Podría comprobarse una cierta insuficiencia analítica en las cuestiones vinculadas a las relaciones de las enunciaciones jurídicas con las prácticas políticas e ideológicas de la sociedad, así como de sus propias dimensiones políticas. Como señala L.A. Warat, para solucionar estas diferencias existe en la actualidad una nueva demarcación de fronteras entre la lingüística y la semiología: la primera se ocupa de las significaciones denotativas de los términos, así como de sus condiciones sintácticas semánticas; la segunda se refiere a los procesos de producción y transformación de las significaciones connotativas (ideológicas) en el seno de la comunicación social²¹. La semiología suministra reglas metodológicas para considerar la naturaleza del discurso²² y también para obtener algunos criterios seguros para su interpretación y efectuar lecturas

20. Cfr. REALE, G., y ANTISERI, D., *op.cit.*, p. 598.

Vid. también FROSINI, V., *La lettera e lo spirito della legge*. Traducción de C. Alarcón Cabrera y F. Llano Alonso. *La letra y el espíritu de la ley*. Barcelona, Ariel, S.A., 1995, pp. 25-26. *Vid.* también ROBLES MORCHÓN, G., *op.cit.*, pp. 44-47.

21. Cfr. WARAT, L. A., (com a colaboração de L. Severo Rocha) *O Direito e sua linguagem*. 2ª versão (2ª edição aumentada). Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

22. El enunciado es una secuencia de frases, vista a partir de un punto de vista estático y determinada por la comprobación de dos fragmentos comunicacionales. El discurso por su parte, es un enunciado analizado en el proceso de su enunciación, y que indica que éste apenas puede ser visto teóricamente con relación a lo que determina (Cfr. *Ibidem*, pp. 82-83).

ideológicas en torno a los mismos. La semiología acepta como parte de su objeto el discurso pero queda atrapada en un análisis de significación que no consigue explicar más allá de su propio discurso. De ahí que Warat considere conveniente ir más allá de la pura semiología, para llegar hasta la semiología política y poder situar la producción discursiva en la producción social general. Se intenta romper así el corte entre discurso e historia. La polisemia, los tópicos, los estereotipos, no son sólo problemas lexicográficos sino también problemas políticos. De ahí que el discurso necesite ser vinculado a los diversos elementos del todo social. La semiología política pues, refleja la idea de que los discursos no pueden proporcionar la llave de su propia comprensión, sino que debe ocuparse del lenguaje que se produce o se basa en la protección del poder²³.

23. Cfr. *op.cit*, pp. 99-103.

Con todo, en los últimos diez años el propio L.A. WARAT reconoce una cierta evolución en su pensamiento de manera que de la defensa de una *semiologia do poder* ha pasado a reivindicar una "semiologia do desejo (o polo de produção das significações libertárias, a proposta de uma leitura psico-analitica das significações do poder e do poder das significações") (*Ibidem*, p.107).

En esta línea hay también que entender la función que asigna a la Filosofía del derecho: "En términos de filosofía del Derecho ya no es suficiente preocuparse por las normas desde ángulos sistémicos o denunciar el dogmatismo jurídico por sus presupuestos mágicos o tratar de explicar semiológicamente los mecanismos de interpretación de la ley. Tampoco es suficiente ver al Derecho como expresión del Estado. Hay un "plus" ignorado en todos estos intentos que es necesario desmenuzar. Un "plus" altamente complejo. Una exigencia de ética, de justicia y de estética que no pueden ser simplemente reducidos a la instancia instituida del Derecho. Hay un "plus" de ética, de justicia y de estética que tienen que ser referidos a los (no) lugares a los que están siendo condenados lo social, lo político y lo subjetivo en el fin del milenio. Los (no) lugares que la "eco-ciudadanía" tiene que tratar de problematizar en términos de deseo de autonomía (de los hombres entre sí y consigo mismo)(...) La filosofía del Derecho tiene que pasar a ocuparse de ese "plus" (que yo llamo "eco-ciudadanía"). El Derecho pensado sin pensar en las normas de un modo reduccionista. El Derecho pensado como fantasía de la esperanza: un saber que estimule la creación de nuevos vínculos y valores"

Podría considerarse que H. Kelsen fue uno de los primeros autores que utilizó, para el campo jurídico, las nociones de lenguaje-objeto y meta-lenguaje, aunque no las mencionara expresamente. La distinción que efectúa entre normas y reglas de derecho corresponde a las mismas necesidades que llevaron a Wittgenstein a hablar de "uso" y "mención" y a Rusell de "lenguaje-objeto" y "meta-lenguaje". Precisamente, una importante contribución de la semiótica al derecho consiste en la explicación de estos dos niveles de análisis y en la advertencia de la imposibilidad de identificar, a pesar de su idéntica naturaleza lingüística, las normas con sus proposiciones descriptivas y —en la terminología kelseniana— la imposibilidad de confundir las normas con las reglas de derecho. Las normas son el lenguaje-objeto y las reglas de derecho su metalenguaje descriptivo. El problema de la validez de las normas también se comprende mejor cuando se analiza a través de las nociones de lenguaje-objeto y meta-lenguaje. La validez es siempre una preocupación metalingüística. Las propiedades que una norma necesita para ser considerada válida con relación a un lenguaje-objeto determinado (o derecho positivo de que se trate) son caracterizaciones metalingüísticas, por medio de las cuales se verifica si una norma forma o no parte de un derecho positivo determinado. A esa condición definitoria del derecho positivo Kelsen la denominó norma fundamental gnoseológica. De ahí que a través de esas dos categorías se pueda ofrecer una interpretación metodológicamente adecuada a la noción de norma fundamental kelseniana, que, de lo contrario, penetraría en una zona oscura²⁴.

(Por quien cantan las sirenas. Informe sobre Eco-ciudadanía, género y Derecho –Incidencia del barroco en el pensamiento jurídico. Universidade do Oeste de Santa Catarina– Universidade Federal de Santa Catarina, UNOESC/CPGD-UFSC, 1996, pp. 136-137).

24. Cfr. *op. cit.*, pp.50-51.

Desde el normativismo kelseniano al realismo de Alf Ross, encontramos una profunda preocupación por los métodos de verificación de la ciencia

Si las leyes de organización lógica fueran producidas en el mismo cuerpo de lenguaje-objeto, afirmaban los positivistas lógicos, encontraríamos situaciones paradójicas. El ejemplo más conocido –de una paradoja surgida por la falta de distinción de dos niveles lingüísticos– es la antinomia del mentiroso, como ya hemos indicado anteriormente. Esta puede ser formulada de la siguiente manera: si un cretense dijera "los cretenses siempre mienten", estaríamos frente a la situación paradójica de que si aceptásemos la proposición como verdadera, el cretense que la formuló también mintió y, así, no siempre los cretenses mienten. Lo que conduce a admitir que la proposición "los cretenses siempre mienten" es falsa. Para superar la contradicción, tenemos que admitir que la proposición "los cretenses siempre mienten" no forma parte del conjunto de proposiciones que se pretenden calificar como mentiras; si formasen parte de un mismo cuerpo discursivo entrarían en contradicción, como fue señalado anteriormente. Extrapolada del lenguaje-objeto es vista como meta-lenguaje, eliminándose así el carácter contradictorio por el principio lógico, que establece que sólo entran en contradicción proposiciones del mismo nivel. Como veremos más adelante, este problema de los diversos niveles de lenguaje puede encontrar una solución teniendo en cuenta el "análisis del lenguaje de los juristas"²⁵.

jurídica. Kelsen, por ejemplo, considera la posibilidad de efectuar un proceso de verificación (establecer la verdad de una proposición jurídica) cuando el contenido de ésta corresponda al contenido de la norma. Alf Ross por su parte, considera como condición de sentido jurídico la vigencia que debe encontrarse en las sentencias de la actividad judicial, vistas como factores sociales. Así, una norma jurídica será vigente cuando sea aplicada por los tribunales. El error de esta postura es el de no asumir la actitud kelseniana en el sentido de que las decisiones judiciales son también normas y no hechos. Es decir, para Kelsen la norma superior es el fundamento de la validez de las sentencias. Ross en cambio, invierte la relación y establece la sentencia como condición de validez de las normas generales.

25. Así por ejemplo, L. WITTGENSTEIN en lugar de referirse a lenguaje-objeto y meta-lenguaje, usaba las expresiones "decir" (uso) y "mostrar" (mención). Las proposiciones, afirmaba Wittgenstein, nos dicen que las cosas

2. HERMENÉUTICA Y DERECHO

Vinculado al ámbito de la interpretación de los textos sagrados por un lado y, al de la crítica textual por otro, la hermenéutica o teoría de la interpretación posee una larga historia. Sin mencionar aquellos elementos que aparecen ya en la antigüedad clásica, dejando a un lado toda referencia a las concepciones medievales referentes a los diversos sentidos poseídos por un texto sagrado, hemos de decir que la hermenéutica brota de las controversias teológicas que surgen con la reforma. Seguidamente se desarrolla en el terreno teológico y en las actividades de los filósofos, los historiadores y los juristas que deben afrontar continuamente cuestiones de interpretación: ¿qué significa este texto sagrado?, ¿cuál era la auténtica intención del escritor?, ¿qué quiere decir ésta o aquella inscripción?, ¿es correcta o está equivocada la interpretación habitual de éste o aquel texto?, ¿cómo hay que interpretar aquella norma jurídica?, ¿puede existir una interpretación definitiva de un texto o bien la tarea hermenéutica es de carácter infinito? Estos son solo algunos de los interrogantes teóricos a los que la teoría hermenéutica tiene que contestar²⁶. El problema hermenéutico surge pues del hecho de que el texto que nos interese puede pertenecer a épocas lejanas de la actual, en las cuales estaban vigentes unas mentalidades, unos lenguajes y unos puntos de vista diferentes a los nuestros. El problema es doble: en primer término, es preciso intentar comprender la mentalidad, el punto de vista, la manera de entender y el lenguaje en que se ha

son de una determinada manera y revelan, a su vez, su forma lógica a partir de un segundo nivel reflexivo (*Tractatus logico-philosophicus*).

La distinción entre "uso" y "mención" procede de los Escolásticos y de la llamada Teoría de las Suposiciones. Estos distinguían entre suposición formal y material. De esta forma, una proposición será *suppositio formalis* cuando se refiera a entidades. El análisis de los niveles de lenguaje había sido trasladado al infinito por Russell y Tarski, a través de la teoría de las jerarquías del lenguaje. Así, lo que se dice en un lenguaje puede ser mostrado o problematizado en su meta-lenguaje, que a su vez, puede ser objeto de una nueva problematización en un nuevo metalenguaje.

26. Cfr. REALE, G., y ANTISERI, D., *op.cit.*, p. 555.

escrito el texto determinado; en segundo lugar, conviene puntualizar la relación existente entre la expresión lingüística y el mensaje que ella misma quiere dar a entender.

En nuestro siglo la exigencia hermenéutica se ha hecho mucho más profunda como consecuencia del descubrimiento de la dimensión histórica de su ser y su conocer por parte del hombre moderno²⁷. El pensamiento clásico había concebido al hombre como un ser natural, dotado de propiedades constantes e inmutables como la naturaleza. Por el contrario, el pensamiento moderno ha descubierto que el hombre es un ser histórico, que sufre transformaciones profundas en su ser, en sus relaciones con la naturaleza y con la sociedad, en su modo de concebir la realidad a través del tiempo. Las consecuencias de este descubrimiento son evidentes en el campo ético, jurídico, pedagógico y religioso, donde las normas, leyes, principios que en la precedente autocomprensión estática y naturalista de la realidad parecían absolutos, universales e inmutables, una vez que el hombre ha conseguido una conciencia histórica, se han transformado en valores, principios, leyes y normas relativas y mudables²⁸. Con todo, hay que tener presente que afirmar la

27. De por sí, el problema hermenéutico no es nuevo. Los exégetas de la Sagrada Escritura han tenido siempre conciencia de él desde los tiempos de Filón de Alejandria y de Orígenes. E incluso, antes de ellos, Aristóteles se había ocupado del problema de la interpretación de los textos literarios en su tratado *De interpretatione*.

La hermenéutica es uno de los temas más debatidos por la filosofía y la teología contemporáneas. Entre los filósofos destacan los nombres de F. Daniel Schleiermacher, W. Dilthey, H. Heidegger, H.G. Gadamer y P. Ricoeur; entre los teólogos, Bultmann, Ebeling, Pannenberg y Lonergan (Cfr. MONDIN, B., *op. cit.*, pp. 105-108).

28. "La aparición de una toma de conciencia histórica es probablemente la revolución más importante que nos ha tocado experimentar después del advenimiento de la época moderna. Su envergadura espiritual sobrepasa quizá a la que nosotros reconocemos a las realizaciones de las ciencias naturales, realizaciones que han transformado visiblemente la superficie de nuestro planeta. La conciencia histórica que caracteriza al hombre contemporáneo, es un privilegio (quizás también una pequeña carga) incomparable con los que han podido corresponder a las generaciones precedentes" (GADAMER, H.G.,

historicidad del conocimiento no significa tan solo decir que el conocimiento varía objetivamente según el período histórico al que pertenece el sujeto cognoscente sino que implica que, con el paso del tiempo, el poder cognoscitivo del hombre en sí sufre una transformación interior. Podría considerarse que el pasado se sedimenta en el sujeto cognoscente, plasma sus facultades cognoscitivas e influye, por tanto, en todas sus actividades. De ahí que la mente del hombre no sea nunca una *tabula rasa in qua nihil scriptum est*, sino más bien una facultad ya estructurada de formas precedentes. Sin embargo, éstas no son ni las formas apriorísticas de Kant, ni las ideas innatas de Descartes, ni las verdades eternas de San Agustín, sino simplemente la herencia del pasado²⁹.

Por ello, la toma de conciencia de la propia historicidad debe implicar una revisión sustancial de la teoría del conocimiento. Este no puede concebirse ya no como reflejo directo de la realidad, tal como querían los realistas antiguos y modernos (sin excluir los positivistas), ni como creación originaria del yo (como afirmaban los idealistas), sino que se debe entender como interpretación de situaciones. Sólo la gnoseología hermenéutica concuerda con las exigencias de historicidad del hombre, porque un ser histórico se comprende a sí mismo y a los demás úni-

Il problema de la coscienza storica, Nápoles, 1969, p.27; *Vid. Wahrheit und Methode: Grundzuge einer philosophischen Hermeneutik*. 4ª ed., 1975. En versión castellana, *Verdad y metodo. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Traducción de A. Agud Aparicio y R. de Agapito. Salamanca, Sígueme, 1977).

29. Destaca Andrés OLLERO que fue especialmente Savigny el que intentó poner de relieve la entraña histórica de la realidad jurídica, oponiéndose radicalmente a la óptica racionalista del iusnaturalismo dominante en el pensamiento jurídico anterior (Cfr. *Savigny ante la interpretación del derecho: el legalismo aplazado*. En: "A.C.F.S.". Universidad de Granada, 18-19 (1978-1979) pp. 171-198).

En lo que se refiere a la tensión que se da en la hermenéutica entre reducirse a un método o construirse en teoría general de las ciencias del espíritu, puede verse: GIL CREMADES, J. J., *Derecho e Ideología*. En: "Rev. de Estudios Políticos" 157 (1968).

camente mediante la interpretación. Forma parte de un círculo hermenéutico necesariamente: del pasado le son ofrecidas una serie de tradiciones que él mismo recibe e interpreta para comunicarlas de nuevo a otros que, a su vez, harán lo mismo interpretándolas. Es así que el hombre capta su realidad histórica únicamente interpretándola. De esta forma, aparece claro como el concepto de hermenéutica adquiere hoy un significado nuevo, más amplio y rico que el tradicional. Actualmente, la hermenéutica no queda ya restringida a la explicación de los textos oscuros de los clásicos y latinos y de los escritores sagrados o de las tradiciones orales. Por el contrario, se extiende "a todo lo que nos ha confiado la historia". El sentido del dato ofrecido a nuestra interpretación no se revela sin mediación y se hace necesario mirar más allá del sentido inmediato para poder descubrir el "verdadero significado oculto"³⁰. En los últimos años ha

30. Podrían diferenciarse dos modos principales de concebir la "nueva hermenéutica": uno que se inspira en Freud y otro en Heidegger. La hermenéutica de inspiración freudiana (la que siguen sobre todo los psicoanalistas y los estructuralistas) insiste en la necesidad de efectuar un análisis de las teorías de las estructuras y de los modos de actuar del individuo y de la sociedad no en sí mismos ni hacia el pasado, sino en dirección a lo "profundo". Se considera que en todas nuestras expresiones culturales tenemos un componente "anterior", de forma que si no es investigado, nos impide captar su verdadero significado. Se considera que en nuestro pensamiento hay una sedimentación que subsiste en estado inconsciente de contenidos de pensamiento, de imágenes, de mitos, que en gran parte vienen a determinar las ideas y los juicios que formulamos en la actualidad.

La heideggeriana se mueve en la dirección histórica. A su juicio, el hombre no está dotado de una esencia o naturaleza inmutable, sino que más bien es una realidad continuamente plasmada de nuevo por la historia. Así, "comprender históricamente" (es decir, interpretar) significa no solo constatar y fijar los hechos tal como han sucedido una vez, sino justamente tomar conciencia de las propiedades del ser humano en el pasado y hacerlas presentes como posibilidades del propio ser. La comprensión pertenece al ser en el mundo (*Dasein*).

A decir verdad, Heidegger ha desarrollado dos concepciones de la hermenéutica. En un primer momento (el primer Heidegger), concibe la hermenéutica como fenomenología del hombre; en un segundo momento (el segundo Heidegger), considera a la hermenéutica como escucha del Ser, o más

comenzado a hablarse con bastante frecuencia de la relación entre hermenéutica y derecho, entendida ésta bien como instancia metódica o bien como modelo de interpretación. No hay que olvidar que el interés de la teoría hermenéutica por el derecho fue tardío en comparación con otras disciplinas. La hermenéutica jurídica es, como afirma W. Hassemmer, un hijo tardío de la teoría

precisamente del Decir originario. La primera concepción aparece claramente reflejada en el siguiente fragmento de *Sein und Zeit*: "La fenomenología del "ser ahí" [*Dasein* = nuestro ser, el hombre] es hermenéutica en la significación primitiva de la palabra, en la que designa el negocio de la interpretación. Mas en tanto que con el descubrimiento del sentido del ser y de las estructuras fundamentales del "ser ahí" en general, queda puesto de manifiesto el horizonte de toda investigación ontológica también de los entes que no tienen la forma del "ser ahí", resulta esta hermenéutica al par "hermenéutica" en el sentido de un desarrollo de las condiciones de posibilidad de toda investigación ontológica. Y en tanto, finalmente, que el "ser ahí" tiene la preeminencia ontológica sobre todo ente —en cuanto ente en la posibilidad de la existencia—, cobra la hermenéutica como interpretación del ser del "ser ahí" un tercer sentido específico —el filosóficamente *primario*—, de una analítica de la "existencialidad" de la existencia" (HEIDEGGER, M., *El ser y el tiempo*. Traducción de J. Gaos. México, Fondo de Cultura económica, 1974, p.48).

La segunda concepción aparece expuesta en *Unterwegs zur Sprache*, donde leemos entre otras cosas: "La expresión "hermenéutica" se deriva del verbo griego *ermeneuein*, relacionado con el sustantivo *ermeneus*, sustantivo que se puede conectar con el dios Hermes en un juego del pensamiento que resulta más vinculante que el rigor de la ciencia. Hermes es el mensajero de los dioses. El lleva el mensaje a su destino: *ermeneuein* es exponer llevando un anuncio en cuanto que ese exponer es capaz de escuchar un mensaje... De todo esto resulta claro que *ermeneuein* no significa primordialmente interpretar, sino —antes que eso— llevar un mensaje o anuncio (HEIDEGGER, M., *In Cammino verso il linguaggio*. Traducción italiana. Milán, 1973, pp.104-105; también, Cfr. MONDIN, B., *op.cit.*, p.110, nota 6).

El postulado fundamental de la hermenéutica de inspiración heideggeriana es, pues, el siguiente: "En el encuentro con la historia se trata, sin duda, de manejar textos y fuentes y, por tanto, hechos y sucesos del pasado, en forma tal que los deba considerar en el esquema del pensamiento articulado en el binomio sujeto-objeto excluyendo mi propia existencia. En el encuentro con la historia y con los textos históricos, lo que importa siempre es la plena realización de la vida y de la resolución decisiva" (ZÄHRNT, H., *A vueltas con Dios*. En: "Hechos y Dios". Zaragoza (1972) pp. 259-260).

hermenéutica general. Se ha señalado que la reconducción del derecho a la hermenéutica y el nuevo planteamiento de su relación mutua han sido debidos a la importante obra de E. Betti, *Teoria generale della interpretazione*³¹, reafirmada por la aparición de la obra de H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, en la que dedica un amplio apartado a la hermenéutica jurídica. Estos diversos trabajos parecen sugerir que se trata de una auténtica *res nova* en la Filosofía del derecho y en la teoría del Derecho. Sin embargo, esta novedad se reduce a la forma en que se presenta dicho tema y no afecta al fondo del asunto, ya que el tratamiento hermenéutico del derecho, ya fuera en conexión con la teoría de la interpretación jurídica o bien en relación con la doctrina del método, es bastante antiguo, como ya hemos apuntado anteriormente. No entramos a analizar el origen etimológico del término hermenéutica, aunque sí hacemos constar que connota una pluralidad de significados que se reconducen a una raíz lingüística común, cuya significación fundamental es la de "hacer algo comprensible o inteligible", conseguir que algo sea plenamente entendido.

Tanto la hermenéutica como el derecho guardan a su vez una relación ontológica con el lenguaje como medio de comunicación entre los hombres. Sin embargo, hay que hacer notar que, como señala M. Rodríguez Molinero, la relación entre hermenéutica-Derecho-ley no es triádica. Lo cual implica que la relación de la

31. Milano, Giuffrè, 1955.

M. RODRÍGUEZ MOLINERO, en su estudio *Hermenéutica y Derecho. Orientaciones preliminares para un adecuado enfoque del tema* (En: "Filosofía y Derecho. Homenaje al Prof. Jose Corts Grau". Valencia, 1977) nos presenta, como ya indica el propio título, un interesante recorrido histórico que parte de los primeros trabajos que se ocuparon de la relación entre hermenéutica y Derecho (E. Forsthoff, H. Coing, A. Kaufmann, etc). Vid. también PICONTO NOVALES, T., *Teoría general de la interpretación y hermenéutica jurídica: Betti y Gadamer*. En: "A.F.D." IX (1992) pp. 223-248.

Por otra parte, señala Francesco VIOLA que, "Gli studi pionistici di E. Betti e quelli di Josef Esser e Martin Kriele sono un chiaro sintomo della reazione contro la ragione tecnologica del neopositivismo nella sua versione giuridica" (*Ermeneutica e Diritto*. En: "R.I.F.D." 4 (1989) p. 341.

hermenéutica y la relación del derecho con el lenguaje no son idénticas. Derecho y lenguaje se asemejan entre sí en la medida en que ambos son productos espirituales o culturales que se han objetivado materialmente. A pesar de esto, uno y otro siguen siendo portadores de un sentido y de un significado provenientes de su originaria condición de productos del espíritu. Estos supuestos los convierten en objeto de la hermenéutica, de modo que ésta se coloca en cierta manera a un nivel superior para proyectar luz sobre aquel plano inferior en el que se encuentran situados el derecho y el lenguaje³². Asimismo, tanto la hermenéutica como el derecho están en íntima conexión con la doctrina de la interpretación hasta el punto de que fue por esta vía por la que la hermenéutica enriqueció su pobre contenido anterior y por donde el derecho llegó al encuentro con la hermenéutica haciendo posible una específica hermenéutica jurídica.

El derecho no debe renunciar a la aprehensión y captación de la objetividad latente de los hechos. Además, el derecho en cuanto modelo regulador del orden social, se apoya en unos principios y hace referencia a unos valores. Por otro lado, lo mismo que ocurre con el lenguaje, en que cada unidad lingüística

32. Como ya hemos podido observar, uno de los moldes de que el Derecho se sirve para corporeizarse es el del lenguaje.

Paolo DI LUCIA señala que la comparación entre derecho y lenguaje es el resultado de dos estrategias teóricas opuestas, con la misma dirección pero sentidos opuestos. En el primer sentido, derecho y lenguaje se comparan asemejando el derecho al lenguaje. Esto es lo que hace el máximo exponente de la Escuela histórica del derecho: F. Carl von Savigny. En el segundo sentido, derecho y lenguaje se comparan asemejando el lenguaje al derecho. Esto es lo que hace el Institucionalismo lingüístico de G. Devoto y de G. Nencioni. Teniendo en cuenta esto presupuestos, para elaborar una teoría de las relaciones entre derecho y lenguaje, P. di Lucia utiliza tres paradigmas: 1º. juridicidad del lenguaje vs. lingüisticidad del derecho; 2º. lingüisticidad del derecho vs. lingüisticidad de la norma; 3º. lenguaje de la normatividad vs. normatividad del lenguaje (Cfr. *Tres paradigmas para una teoría de las relaciones entre Derecho y lenguaje*. En: "Estudios de deóntica". Carlos ALARCÓN CABRERA (Ed.). Sevilla, Editorial Castillejo, 1995, pp. 70-87).

recibe su sentido y significación de otra superior, también en el derecho cada unidad singular individualizable recibe los suyos de otra de mayor rango dentro de la totalidad del conjunto. Las unidades singulares o individualizadas que componen esta totalidad no han de ser interpretadas de una manera atomística, como había hecho Russell. Precisamente, la captación del sentido dentro de la armonía y coherencia de la totalidad es una de las funciones de la hermenéutica, que ni la interpretación histórica ni la sistemática eran capaces de ofrecer.

Por hermenéutica general entendía Schleiermacher la disciplina que, en lugar de ocuparse de las técnicas interpretativas, se interesaba de la comprensión³³ que subyace a las técnicas de interpretación. Resulta indudable que la filosofía hermenéutica ha aportado nuevos conocimientos a la teoría de la interpretación. Así por ejemplo, la filosofía hermenéutica contribuye a clarificar el limitado papel de las reglas metodológicas para la inter-

33. Giuseppe ZACCARIA se ocupa de la diferencia entre explicar y comprender. "En una palabra, el *explicar es intemporal*, el comprender es *histórico* (...) El *explicar nomológico* y el *comprender hermenéutico* se excluyen mutuamente y *precisamente por esto* son complementarios (...) como modo de orientarse en el mundo, el comprender halla cada vez las explicaciones más útiles para realizarlo" (op.cit., pp.310-311). Vid. también CONILL, J., *La semiótica trascendental como filosofía primera en K.O. Apel*. En: "Estudios Filosóficos" 32 (1983) pp. 493-516.

Por su parte, FERNANDO GALINDO señala que "el interés fundamental de la hermenéutica reside en poner de manifiesto que en la interpretación de textos no se da una separación tajante entre el sujeto que interpreta y el texto interpretado, a diferencia de lo que proponía el positivismo, sino que hay una interrelación entre ambos, aportando el intérprete con su historia al texto interpretado el sentido del mismo. De la misma forma en derecho cuando se aplica una ley no se aplica al texto absoluto de la ley, sino que lo que se aplica es el texto interpretado por el juez, quien dicta la resolución judicial a través de su peculiar consideración de los acontecimientos sobre los que se juzga en el proceso, pero muy en especial a través de su historia. Se reconoce que el intérprete aplica el derecho desde su visión del mundo o su horizonte personal" (*Autopoiética, ¿hermenéutica renovada? Sobre el método en la construcción de una teoría del Derecho*. En: "A.F.D." V (1988) p. 332).

pretación. Asimismo, muestra también que la comprensión se enraíza en la praxis vital, mostrando cómo las hipótesis interpretativas que se plantean para el texto no surgen de un proceder regido por reglas, sino que proceden de la praxis vital y se aplican al texto que se quiere comprender.

La labor interpretativa en el derecho nunca puede ser reductible al razonamiento deductivo, o a la mera aplicación de la lógica silogística tradicional y tampoco de la lógica matemática o de la lógica simbólica, como había defendido el neopositivismo. La interpretación jurídica incluye siempre un momento capital, que es el que conduce a la decisión. Si esta decisión ha de ser acertada, tendrá que basarse en una comprensión cabal del sentido, es decir, en la intelección del asunto que hace las veces de objeto. Porque, ¿cómo es posible relacionar el derecho con la realidad, aplicarlo a la misma, si este derecho consiste sólo en normas que no son ajenas a las influencias externas o que no son independientes de la realidad histórica? De ahí que no sea justo definir el derecho sólo como una totalidad de normas ya que es, sobre todo, un "evento real", un acto. Por ello, la hermenéutica jurídica considera que la justicia del derecho no puede radicar sólo en las normas jurídicas sino que se encuentra también en las circunstancias de la vida social. De ahí que algunos autores consideren que así se posibilita llegar a un nuevo fundamento del derecho que vaya más allá de la clásica controversia entre derecho natural y positivismo jurídico. Para esto es necesario por un lado, superar el dualismo metódico de ser y deber y, por otro, abandonar la tesis según la cual el derecho sería idéntico a las normas de la ley³⁴.

34. Cfr. KAUFMANN, A., *Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all'ermeneutica*. Traducción de A. Bixio. En: "R.I.F.D." 4 (1973) pp. 712-722; de este trabajo existe la versión castellana a cargo de A. Ollero, *Entre iusnaturalismo y positivismo: hacia una hermenéutica jurídica*. En: "A.C.F.S." 17 (1977) pp. 351-362; *vid.* también, HASSSEMER, W., *Hermenéutica y Derecho*. En: "A.C.F.S." (1985) pp. 63-85; y de ambos autores, *vid.*, *Grund-*

Conviene pues tener presente que ley y derecho –a diferencia de lo que defendía el positivismo– no son lo mismo. La ley debe valer para la realidad y sin embargo, la realidad es infinitamente multiforme y cambia continuamente. Precisamente por esta variedad y variabilidad de las circunstancias de la vida una ley no puede ser formulada de modo unívoco. La ley debe pues concretizarse constantemente en las situaciones históricas sin olvidar que la comprensión del texto no es una opinión meramente receptiva sino una actuación práctica, creativa. De ahí que la hermenéutica jurídica destruya algunas ilusiones, como la de que la aplicación del derecho sea subsunción del caso jurídico en la ley.

Toda interpretación es guiada por la anticipación de la totalidad que acaece en el comprender y sólo desde la cual lo singular revela su sentido. Así la interpretación muestra una estructura circular que incluye no sólo el objeto, sino al mismo intérprete, con lo cual es transformado el carácter del círculo hermenéutico de las ciencias del espíritu. Además, el intérprete no se acercaría al texto desprendiéndose de su posición o situación histórica, sino que ésta, perteneciendo existencialmente a aquél, no sólo le induce a la búsqueda sino que dirige el proceso y determina el resultado. La "pre-comprensión" (*vor-vertandnis*) significa una anticipación de sentido determinada por la relación del intérprete con la cosa bajo el efecto de aquella situación³⁵.

El intérprete se acerca a los textos no con una actitud semejante a una *tabula rasa*, sino con su precomprensión, con sus prejuicios (*vorurteile*), sus presuposiciones y sus expectativas. Dado aquel texto y dada la precomprensión del intérprete, éste esboza de manera preliminar un significado de dicho texto, y ese

probleme der zeitgnossischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 1971, p.18 ss. y p.56 ss.

35. Cfr. SAAVEDRA, M., *Interpretación del Derecho e ideología. Elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*. Universidad de Granada, 1978, pp. 28-31.

bosquejo aparece justamente porque el texto es leído por el intérprete con unas expectativas determinadas, que se derivan de su precomprensión. El trabajo posterior consiste íntegramente en la elaboración de este proyecto inicial que es revisado continuamente con base en lo que resulta de una ulterior penetración del texto. La mente del intérprete es una *tabula plena*, llena de prejuicios, de expectativas y de ideas. Asimismo, una conciencia hermenéuticamente adecuada debe mostrarse sensible, de manera preliminar, a la alteridad del texto. Como señalaba Gadamer, "quien desee comprender un texto tiene que estar dispuesto a que éste le diga algo"³⁶.

De esta forma, el derecho (a diferencia de la ley) no es algo que permanezca invariable, sino que es acto y no puede conocerse independientemente de un sujeto. El juez que cree que toma sus criterios de decisión sólo de la ley está engañado, pues (inconscientemente) permanece dependiente de sí mismo. Sólo el juez que sepa que su persona se refleja en el fallo que emite puede ser verdaderamente independiente. La norma y el caso necesitan además de una elaboración previa de manera que se permita su coordinación recíproca, ya que se sitúan en niveles categorialmente diferentes (la configuración del tipo legal –interpretación– de la norma se lleva a cabo de la mano del caso, y la confirmación del caso como supuesto fáctico tiene lugar atendiendo a la norma legal). Esta correspondencia sólo se consigue cuando la norma haya sido enriquecida relacionándola con la experiencia empírica y, también, que se haya hecho lo mismo con el caso relacionándolo con la normatividad, para que así puedan adaptarse recíprocamente. Por consiguiente, la comprensión hermenéutica del texto no es algo receptivo, sino un actuar práctico.

36. Sobre el pensamiento de Gadamer, *vid.* OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, A., *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Universidad de Valladolid, 1992.

Como señala A. Kaufmann, aquí se muestra una vez más lo insostenible del dualismo metódico de ser y deber ser, según el cual la indagación del hecho y la aplicación del derecho constituyen dos fenómenos separados que se suceden temporalmente uno después del otro. En realidad resulta imposible conocer el hecho como tal hecho, sin consideración alguna hacia determinada perspectiva normativa. "Sólo a través de ese proceso que tiene lugar *uno actu* de la calificación normativa del caso (construcción) y de concretización de la norma legal (interpretación) son elaborados "hecho" y "tipo" y al "ponerlos en correspondencia" recíproca (lo que habitualmente se llama "subsunción", pero sin implicar un mero silogismo) surge el derecho histórico, el derecho concreto, el derecho realmente existente"³⁷.

Por su parte, W. Hassemer señalaba que en la R.F.A. la hermenéutica jurídica se alimentaba originariamente de dos fuentes, como eran la metodología jurídica y la filosofía del derecho. En lo que se refiere al primero, subrayaba que antes de que la hermenéutica estuviese en condiciones de concebir y formular esa relación entre norma y caso real, tuvo que destruir la "ideología de la subsunción" tradicional. Basándose en la tesis de la subsunción, no era posible poner en movimiento la norma y el caso, ya que según ella la decisión del caso (aunque desconocida) ya estaba implicada en la norma y porque la aplicación de la norma, por consiguiente, sólo podía concebirse como despliegue de un potencial normativo ya existente; para ello no se tenía que cambiar nada, sólo concretar, actualizar y concluir. En la destrucción de la tesis de la subsunción, la hermenéutica jurídica trabajó con parte de la teoría jurídica analítica y se dejó asesorar por los estudios lingüísticos sobre la dependencia contextual del lenguaje³⁸. Acababa, por último, señalando los *tres topoi*

37. KAUFMANN, A., y HASSEMER, W., *op.cit.*, p. 131.

38. "La lucha de la aplicación de la ley era simplemente una subsunción del caso real bajo la norma con ayuda de la conclusión deductiva, se llevó en los dos niveles en que la tesis de la subsunción creía haber encontrado la

alrededor de los cuales se puede centrar actualmente la hermenéutica jurídica: la concreción de la norma y la constitución del caso, la comprensión previa y, por último, la comprensión escénica.

Interpretar una ley implica comprenderla previamente con referencia a sus fines sociales y poder determinar de este modo el sentido de cada una de sus disposiciones. A diferencia de los presupuestos defendidos por el neopositivismo lógico que, apoyándose en el atomismo estructural, se basaba en los conceptos aislados sin tener en cuenta el conjunto, la hermenéutica jurídica contemporánea se interesa por conocer cuál es la finalidad social de la ley en su totalidad, puesto que el fin es lo que posibilita la penetración en la estructura de sus significaciones particulares. Algunas veces se ha intentado definir y describir el derecho como un conjunto de normas con sus correspondientes correlaciones, explicaciones y lenguajes, pero no parece aceptable un tal normativismo que reduzca el derecho a sus expresiones lingüísticas y formales, sin referencia a los contenidos y a los hechos sociales regulados. El objetivo es alcanzar la correlación entre "el todo de la ley" y "las partes" representadas por sus artículos y preceptos.

La teoría de la interpretación que prevaleció hasta hace pocos años comenzaba por el análisis de cada precepto individualizado para después reunirlos y obtener un sentido global de la ley. Entendemos que el proceso interpretativo actual no obedece a esta ascensión mecánica de las partes al todo, sino que representa una forma de captación del valor de las partes inserto en la estructura de la ley, inseparable, a su vez, de la estructura del

seguridad de sus conceptos jurídicos: en el nivel de la literalidad de la ley y en el de las doctrinas sobre la interpretación y argumentación. Esta tesis sólo podía derrumbarse, si se lograba demostrar que ni el lenguaje de la ley determinaba (por completo) su aplicación al caso ni que las metodologías de la interpretación y argumentación fijaban de forma unívoca cómo tenía que proceder el juez en la interpretación correspondiente" (HASSEMER, W., *Hermenéutica y Derecho*. En: "A.C.F.S." 25 (1985) pp. 71-72).

sistema y de ordenamiento, –denominada por algunos autores hermenéutica estructural–. Se trata de superar los diversos criterios de interpretación que introdujo la doctrina alemana y francesa del siglo XIX, tales como la interpretación histórico-evolutiva de G. Saleilles, la libre investigación del derecho de F. Gény, o la Escuela del derecho libre de H. Kantorowicz, dando importancia al significado que ahora adquiere la ley, por razón de sus fines. Esta interpretación teleológica de la ley ha venido afirmándose a partir de las contribuciones de Ihering. No resulta acertado que, una vez promulgada la ley, se tome uno de sus artículos y se aplique aisladamente sin tener en cuenta su papel y función en el contexto del cuerpo legal al que pertenece. No hay que olvidar que toda interpretación jurídica es de naturaleza teleológica (finalística) fundada en la consistencia axiológica (valorativa) del derecho y que ha de desarrollarse en el seno de una estructura de significaciones y no de una forma aislada³⁹. De estas observaciones se puede deducir que la labor del intérprete no puede reducirse a una pasiva adaptación del texto, sino que

39. En esta línea, Miguel REALE señala una serie de puntos a tener en cuenta en la hermenéutica jurídica, y entre ellos destacamos: a) la correlación esencial entre "acto normativo" y "acto interpretativo", la cual deriva de la necesaria asunción de la *naturaleza deontológica de la comprensión jurídica*, con exclusión de aquellas actitudes que podrían definirse de indiferentes o gratuitas en el ámbito de la interpretación; b) la consiguiente *naturaleza racional* del acto interpretativo, el cual convierte las exigencias axiológicas en determinaciones teleológicas mediante una adecuada ordenación de los medios a los fines; c) la *naturaleza axiológica* del acto interpretativo y su consiguiente condicionamiento histórico-social; d) su *carácter problemático* en cuanto expresión de la "libertad situacional o circunstancial" propia del intérprete, cuya actividad es creativa dentro de los límites de la fidelidad debida al "diseño intencional" objetivado en la norma; e) el reconocimiento de que la interpretación actualiza y renueva el nexo normativo, integrando los hechos según los valores, a partir de la proyección histórica inherente al proceso nomogenético; f) el sentido existencial que reconduce cada acto interpretativo a sus fuentes universales de valoración, a aquella "consciencia concreta" que constituye el mundo del derecho (Cfr. *Le basi filosofiche della interpretazione*. En: "R.I.F.D." (1966) pp.225-226).

supone un trabajo constructivo de naturaleza axiológica, que no solamente capte el significado del precepto relacionándolo con otros de la ley sino que tenga también presentes los preceptos de la misma especie contenidos en otras leyes: es una interpretación lógico-sistemática y valorativa.

En este sentido no se puede negar la naturaleza creadora del proceso hermenéutico-jurídico. En el campo jurídico, el intérprete puede avanzar más dando a la ley una significación no prevista e incluso totalmente diversa a la esperada o querida por el legislador, en virtud de su correlación con otras disposiciones o de la comprensión de la misma ley realizada a la luz de nuevas valoraciones que emergen a lo largo del proceso histórico; asimismo, también hay que destacar el carácter unitario de este proceso hermenéutico-jurídico porque no se trata de partir del análisis gramatical del texto para progresivamente llegar a su comprensión sistemática, lógica y axiológica. Por el contrario, estas investigaciones mutuamente se implican desde el principio y se exigen recíprocamente.

Gadamer nos hablará de la idea de un proceso interpretativo, a semejanza de un diálogo entre intérprete y texto. En el círculo hermenéutico que se desencadena no se pretende reconstruir la intención original del legislador, ni menos sus ocultas intenciones, y sí en cambio, renovar la efectividad histórica del texto por referencia a la nueva situación en la que procede la interpretación. E. Betti exigiría remontarse desde la obra escrita a la intención del autor, mientras que Gadamer opina que de lo que se trata es de dar con su autenticidad en cuanto obra interpretada para el público de hoy. Así por ejemplo, lo que hay de común entre un texto literario y una norma jurídica es su condición de estar enunciados en un tiempo distante y de requerir una interpretación actual. A ello hay que añadir, como señalaba Gadamer, que "la aplicación es un momento de la comprensión" y "comprender es siempre también aplicar". Ahora bien, este postulado presupone una definición amplia de lo que es la

aplicación, la cual ciertamente no se restringe a la sentencia judicial o al acto administrativo, sino que se extiende a todo el conocimiento práctico del derecho. El concepto de aplicación condiciona el proceso de raciocinio y lo configura a modo de un proceso ordenado a conducir la generalidad de lo normativo a lo concreto de los comportamientos. Aunque habrá matices que diferencian la labor del historiador de la del juez, ambos deben "traer hacia acá" algo que está distante en el tiempo, pero que condiciona el presente o pretende influir en él.

La hermenéutica ha puesto de evidencia la necesidad de la aplicación concreta como elemento ineludible de la comprensión de una norma general y distante en el tiempo. Y el significado de la norma se patentiza en su aplicación concreta y en su referencia a lo circunstanciado de un aquí y un ahora, por lo cual la comprensión del derecho incluye necesariamente esa referencia al acontecer desde el que se interroga y se cuestiona la norma abstracta. Sin la referencia a lo jurídico concreto y aplicado, no es posible la comprensión del derecho. De ahí que la comprensión jurídica modélica sea la sentencia judicial, donde se une la comprensión de la norma y su relevancia aplicativa⁴⁰.

Entendemos que la hermenéutica aparece como una superación del positivismo jurídico, en cuanto que no es aquella superación típica del derecho natural racionalista que recurría a un derecho absoluto, y ello se efectúa por la inserción histórica y circunstanciada del sujeto comprensor en la tradición normativa. Aparece como una nueva teoría acerca de la ciencia jurídica, no como un parche para completar los huecos dejados por la dogmática jurídica. La hermenéutica jurídica otorga el debido realce a la dimensión experiencial del derecho, ya que no hay comprensión jurídica de las normas sin la referencia aplicativa a lo situacional del sujeto obligado a las leyes o del juez que dictamina su aplicación. El tema central de la hermenéutica no es la pregunta de qué secreto escondido contenga la norma jurídica,

40. Cfr. OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, A., *op.cit.*, p. 101.

sino qué significación y qué sentido tiene para mí *hic et nunc* una norma.

3. LENGUAJE, HERMENÉUTICA Y FILOSOFÍA JURÍDICA: NUEVAS PERSPECTIVAS

Desde hace algunos años ha aumentado notablemente el interés por las cuestiones teóricas del derecho en cuanto éste es objeto de conocimiento humano. Este interés ha traído consigo la aparición y posible implantación de una nueva disciplina jurídica básica, la denominada "Teoría del Derecho" -*Rechtstheorie* (en el ámbito alemán), *Legal Theorie* (en el ámbito anglosajón), *Theorie du Droit*-. La cuestión principal que se plantea con respecto a la misma es la de si aspira sólo a servir de complemento a la Filosofía del Derecho o si pretende sustituir a la Filosofía del Derecho o al menos usurparle gran parte de su contenido temático. Como acertadamente señalaba M. Rodríguez Molinero, más que indagar los motivos de su aparición, habría que hablar más propiamente, del renacimiento de la Teoría del Derecho⁴¹.

No puede olvidarse la Teoría General del Derecho, de índole marcadamente positivista y que tantas simpatías suscitara entre los juristas del siglo pasado y en gran parte del siglo actual. Las razones del nuevo peso que ha adquirido la Teoría del Derecho quizás haya que buscarlas en la tradicional queja sobre la carencia de utilidad práctica de la Filosofía del Derecho para una adecuada formación de los profesionales del Derecho. Asimismo, hay que tener en cuenta la decisiva influencia de tres corrientes de pensamiento: en primer lugar, la formulada por la configuración del neopositivismo lógico y la filosofía analítica por una parte, que tiene su versión paralela dentro del pensamiento jurídico en

41. Cfr. *Teoría del Derecho como complemento o en sustitución de la Filosofía del Derecho*. En: "A.D.H.". Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 4 (1986-87) pp. 339-357.

el normativismo kelseniano y su posterior modelación por parte de la Teoría del Derecho analítica; en segundo lugar, la Teoría crítica o *kritische Theorie* de la Escuela de Frankfurt y, por último, el influjo más reciente de la teoría del sistema y sus temas, con su conocida consideración del Derecho como un subsistema del complejo sistema social, cuyo desarrollo actual más sugerente corresponde sin duda a N. Luhmann⁴².

La ciencia nunca puede ofrecer una explicación radical de la realidad, como ya hemos tenido oportunidad de observar, ni es capaz de justificar sus presupuestos últimos, tanto ontológicos como gnoseológicos. Esta incapacidad incita a alcanzar el nivel del saber filosófico. La relación entre ciencia y filosofía debe ser armónica, manteniendo la debida autonomía de ambas. Las actitudes extremas nos presentan una realidad falseada cuando se hace prevalecer el saber científico sobre el filosófico, como hiciera el positivismo decimonónico y cuando se preconiza una primacía del saber filosófico en detrimento del científico, como acaeció en la escolástica decadente. También puede suceder que se haga excesivo hincapié en los rasgos que diferencian uno y otro saber. Ambos han de estar en contacto continuo, teniendo en cuenta sus respectivos avances. El diálogo de la filosofía con la ciencia se puede realizar en tres ámbitos. En primer lugar, la filosofía ha de llevar a cabo una función de análisis respecto de los presupuestos, procedimientos y resultados de las ciencias. En segundo lugar, ha de embarcarse en una función crítica de estos aspectos. Y, finalmente, ha de ejercer una función completiva, proporcionando a las ciencias nuevas categorías conceptuales. Hay que evitar, asimismo, la posible ruptura entre ciencia y

42. Considera M. RODRÍGUEZ MOLINERO que a estas tres corrientes de pensamiento hay que añadir otra más diluida: la que proviene del pensamiento marxista, sea en su versión marxista-leninista sea en las diversas interpretaciones neomarxistas occidentales, todo lo cual hace que, sobre todo en los países del Este europeo, resulte más aceptable la Teoría del Derecho que la Filosofía del Derecho (Cfr. *op.cit.*, p. 342).

filosofía. Tal ruptura puede tener su origen en el hecho de que la filosofía no haya evolucionado al compás de los avances científicos y también en el de que la ciencia exija aquella exactitud que es propia del saber científico, como requisito imprescindible para conformar la validez racional del conocimiento⁴³.

Cuando los filósofos del derecho se preguntan por el sentido y la justificación de su disciplina, la cosa ya no es tan clara, y bien podríamos decir que la Filosofía del Derecho está sumida en una profunda crisis de identidad. Muestra de esta crisis de identidad es la dispersión temática y metodológica que sufre la Filosofía del Derecho. Y no se trata de que exista pluralismo o distintas formas de valorar los problemas iusfilosóficos desde postulados axiológicos y filosóficos diversos, sino de que en las más de las veces se habla de cosas distintas y alejadas entre sí. Una simple muestra de los manuales o libros de enseñanza que se usan actualmente en las Facultades de Derecho bajo el rótulo de Filosofía del Derecho o Derecho Natural, pone de manifiesto la gran divergencia que existe entre los temas que son objeto de atención por parte de los distintos profesores de filosofía del derecho. Un elemento que condiciona en amplia medida esta dispersión está a nuestro juicio en el hecho de que muchas veces los filósofos del derecho no toman el derecho como objeto de una reflexión crítica, sino "como disculpa para el desarrollo de una construcción ajena a lo jurídico"⁴⁴. Se requiere pues, la búsqueda de puntos de encuentro

43. Así destacaba Eusebio FERNÁNDEZ que: "la insuficiencia de la ciencia jurídica para dar una explicación del concepto, función y fines del Derecho y para comprender los variados problemas que la experiencia jurídica plantea, justifica la existencia de la reflexión filosófica sobre el derecho, que se convierte, de esta manera, en la misma Filosofía dirigida al Derecho" (*Filosofía del Derecho, teoría de la justicia y racionalidad práctica*. En: "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense" 64 (1982) p. 12).

44. PRIETO SANCHIS, L., *Un punto de vista sobre la filosofía del Derecho*. En: "A.F.D." IV (1987) p. 592.

o unión, y entendemos que esa unión sólo puede venir de la mano del propio Derecho que se vive y aplica en una comunidad determinada. La Filosofía del derecho en España tiene necesariamente que tomar como base de su análisis el Derecho español. Muestra de esta preocupación y esa crisis de identidad que sienten los filósofos del derecho es la continua necesidad de justificar la Filosofía del Derecho frente a otras disciplinas como la Teoría General del Derecho⁴⁵ o esa necesidad de determinar sus temas y sus problemas fundamentales⁴⁶.

Las dos líneas de pensamiento a las que nos hemos referido, la filosofía neopositivista-analítica y la filosofía hermeneútica, son las que podríamos considerar permiten una nueva forma de filosofía del derecho, tal y como defiende G. Robles y a la que denomina teoría del derecho. Al igual que proponía A. Kaufmann, esta teoría del derecho (también denominada filosofía del derecho del pos-positivismo) sugiere que sobre la base de las dos tradiciones mencionadas es posible salir de la inacabada polémica entre la teoría del derecho natural y el positivismo jurídico. "Ni la idea del Derecho ni el hecho del Derecho, sino el lenguaje del Derecho constituye la vía superadora y comprensiva de la Teoría del Derecho natural y del Positivismo jurídico" ⁴⁷. Con este nuevo planteamiento epistemológico, el derecho no se contempla como algo dado de antemano (bien en su forma ideal o en su forma existente), sino como un texto complejo sometido

45. Véase por ejemplo el número monográfico de los *Archives de Philosophie du Droit*, del año 1962, donde se recogen las opiniones de algunos de los principales iusfilósofos del momento.

46. Pueden consultarse, entre otras, los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 15, 1975 (Granada); la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 5, 1982 (Madrid), y la revista *Doxa*, nº 1, 1984 (Alicante). Todas ellas monográficas sobre los temas y los problemas de la Filosofía del Derecho actual.

47. ROBLES MORCHÓN, G., *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid, Debate, 1988, p. 154.

continuamente a la comprensión. Asimismo, se elude dividir los problemas jurídicos en dos planos: el de las normas y el de los valores, (como harían los iusnaturalistas y los positivistas) al sustituir el ontologismo por el análisis del lenguaje de los juristas. Este no sería tanto el objetivo de la teoría del derecho, sino más bien su punto de partida para, desde él, construir hermenéuticamente toda la realidad del derecho.

La irrupción, a comienzos del siglo XIX, del término "Filosofía del Derecho", usado según unos por primera vez por G. Hugo y, para otros, por Hegel, no debe interpretarse en el sentido de que antes no hubiera habido investigación filosófico-jurídica. Así, por ejemplo, en la distinción de los sofistas entre *physis* y *nomos*, en la *República* de Platón, en la *Política* de Aristóteles y, siglos después, en la obra de Santo Tomás, por citar algunos ejemplos, hay auténtico filosofar sobre el Derecho.

Podríamos distinguir tres denominaciones: Derecho Natural, Teoría del derecho y Filosofía del Derecho. Siguiendo la tesis que propone G. Robles, cabe considerar que tanto el Derecho Natural (o la teoría del derecho natural) como la Teoría del Derecho no son sino formas de filosofía jurídica que se caracterizan, junto a la Filosofía del Derecho en sentido estricto (es decir, en su consideración de disciplina que se imparte en las Facultades de Derecho) por abordar el problema del fenómeno jurídico con el objeto de darle una explicación o comprensión global. Según esta tesis, no parece acertado que el legislador haya considerado diferente la materia del derecho natural de la correspondiente a la filosofía del derecho; y tampoco parece acertada la actual denominación de teoría del derecho si se la pretende entender como una materia diferente de la filosofía jurídica, pues tanto el derecho natural como la teoría del derecho son formas de filosofía del derecho⁴⁸.

48. Cfr. ROBLES MORCHÓN, G., *op.cit.*, p. 13 ss.

Para poder entender el problema en su justa medida hay que tener en cuenta la distinción entre filosofía del derecho en sentido amplio y en sentido estricto. Según el primer sentido, habría que entender que engloba tanto la teoría del derecho natural, como la Filosofía jurídica en sentido estricto o Filosofía jurídica propia del positivismo, como también la actual teoría del derecho. Si adoptamos el Término "Filosofía del Derecho" en su sentido estricto, tal como surge en el siglo XIX, y como acertadamente ha explicado el Prof. González Vicén⁴⁹, nos referiríamos a una forma histórica de la filosofía jurídica, la surgida en conexión con la aparición del positivismo jurídico, y que queda reducida en la generalidad de los autores a una reflexión epistemológica (teoría de la ciencia jurídica) y a otra de tipo axiológico (teoría de la justicia).

Entendemos que la teoría del derecho natural no es algo diferente a la filosofía del derecho sino que se trata de una determinada forma de entender el derecho, pero siempre incardinada dentro de la filosofía del derecho o, como la califica Robles, "una filosofía del derecho con características especiales". Ciertamente, ser iusnaturalista significa mantener una determinada concepción filosófica sobre el derecho y, por consiguiente, no se puede ser iusnaturalista al explicar derecho natural y dejar de serlo al abordar la filosofía del derecho.

Así pues, filosofía del derecho en sentido amplio sería toda forma de especulación global sobre el fenómeno jurídico y que, por consiguiente, habría que considerar que existía desde los mismos comienzos de la filosofía. Filosofía del derecho en sentido estricto, expresaría la forma específica de aproximación intelectual al mundo del derecho dentro de las coordenadas generadas por el positivismo y el historicismo. Podrían señalarse dos notas características de la misma: primera, el ser una

49. Cfr. *La Filosofía del derecho como concepto histórico*. En: "Estudios de Filosofía del Derecho". Universidad de La Laguna, 1979.

especulación filosófica que tiene como punto de referencia continuo la realidad del derecho positivo, es decir, del derecho realmente existente en la vida de los hombres; y segunda, el constituir un "producto residual", lo que significa que todo aquello sobre lo que la ciencia jurídica ya no puede opinar pasa a ser objeto de esta Filosofía del derecho. Si la teoría del derecho natural no distingue estrictamente entre ciencia y filosofía, no ocurre así en el positivismo jurídico, que establece una estricta separación. A la ciencia le queda reservado el conocimiento empírico y a la filosofía sólo le queda el ser teoría de la ciencia y teoría de los valores⁵⁰.

Como hemos podido observar, la denominación de Teoría del Derecho puede designar dos tipos de saberes jurídicos distintos: uno, el de un campo de la investigación jurídica, relativamente novedoso, y, otro, una disciplina académica que forma parte de la organización de los estudios jurídicos universitarios en España, adecuándose al nuevo plan de estudios⁵¹. Es así que la Teoría del

50. En nuestros días se hacía evidente la conveniencia de mantener nuestra disciplina como iniciación a los estudios de Derecho, en el primer curso, y también como reflexión recapituladora en el final de la licenciatura, en quinto curso. Pero sin embargo no parecía razonable que la asignatura de primer curso se denominara *Derecho Natural*, ya que además de ser un anacronismo, supone una determinada toma de posición ideológica impropia de la denominación de una asignatura de la licenciatura (Cfr. PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Sobre la Filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudio*. En: "Libertad, poder, socialismo". Madrid, Civitas, 1978, pp. 267-268).

Las posibles opciones que se han barajado han sido las de *Introducción al Derecho* y también la de *Teoría del Derecho* que intentaba ir más allá que la anterior, posiblemente para garantizar que no se trata exactamente de resolver el expediente de los conceptos fundamentales del Derecho del modo que lo vienen haciendo los manuales tradicionales de Derecho Civil (Cfr. SERNA BERMÚDEZ, P., *Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho*. En: "Persona y Derecho". Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, vol. 32 (1995) pp. 267-270).

51. El Gobierno, a propuesta del Consejo de Universidades, en el Real Decreto 1424/1990, de 26 de octubre (B.O.E. n° 278, de 20 de noviembre de 1990) establece las directrices generales propias de los planes de estudios

Derecho es plenamente reconocida en los nuevos planes de estudio y no precisamente como sustitución de la Filosofía del Derecho sino como complemento de la misma. La cuestión que se plantea ahora es la de descubrir si la metodología y el contenido de la misma han superado los rígidos moldes del anterior Derecho natural. Entendemos que sí y que a ello ha contribuido en parte el resurgir de la filosofía del lenguaje que, entendida ahora en una perspectiva diferente a la del positivismo lógico, es acertadamente utilizada por parte de algunos de los iusfilósofos actuales.

Como señala G. Robles, la historia del pensamiento jurídico puede ser dividida en tres etapas: una primera, el dominio de la metafísica, que es la etapa de la doctrina del derecho natural; la segunda, caracterizada por el imperio de la Física como modo de conocimiento, que es la etapa del positivismo jurídico, y a la cual corresponde la *Rechtsphilosophie*, y por último, la etapa que surge a raíz de la crisis del positivismo jurídico y que trata de encontrar una vía superadora del positivismo jurídico y de la doctrina del derecho natural por medio del análisis del lenguaje o análisis semiótico⁵².

conducentes a la obtención del título universitario oficial de Licenciado en Derecho. En el primer ciclo de estudios establece como una de las materias troncales la Teoría del Derecho, a la que se le asignan 4 créditos (3 teóricos y 1 práctico) y que se adscribe al Área de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Los contenidos indicativos de esta materia son: el Derecho como forma de organización y como sistema normativo; la Ciencia del Derecho; Teoría del Derecho: la norma jurídica y el sistema jurídico; interpretación y aplicación del Derecho; conceptos jurídicos fundamentales; los problemas del derecho justo y la eficacia del Derecho. En el segundo ciclo, también como materia troncal y asignada al mismo Área se encuentra la Filosofía del Derecho, cuyo contenido es: el fenómeno jurídico; ontología jurídica y axiología jurídica; problemas filosóficos básicos de la Filosofía del Derecho. A las enseñanzas reguladas por el título de Licenciado en Derecho se le asignan como objetivos: "proporcionar una formación científica adecuada, en los aspectos básicos y aplicados del derecho".

52. Cfr. *op.cit.*, p. 155.

Califica la teoría del Derecho como una forma de filosofía del Derecho en sentido amplio, concretamente aquella forma que se orienta por el modelo epistemológico del análisis del lenguaje de los juristas. Entiende G. Robles que es análisis del lenguaje de los juristas y no análisis del lenguaje del Derecho o, simplemente del lenguaje jurídico, porque el lenguaje "vulgar" tendría el inconveniente de la inexactitud y de la confusión. De ahí que convenga centrarse en el lenguaje de los especialistas. Asimismo la expresión "lenguaje del Derecho" está revestida de ambigüedad y de imprecisión porque puede entenderse referido al "lenguaje de la ley", o al de las reglas jurídicas, etc. Asimismo, el término "juristas" es entendido en un sentido amplio, no sólo como identificable con los científicos del Derecho, sino también con los órganos de creación y aplicación del mismo⁵³.

El autor propone que a esta nueva forma de filosofía jurídica se la denomine Teoría del Derecho, con objeto de diferenciarla tanto de la doctrina del Derecho natural como de la Filosofía del Derecho. Por ello considera que los tres conceptos –doctrina del Derecho natural, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho– son, pues, conceptos históricos, ya que los tres surgen condicionados por modelos epistemológicos diferentes en épocas distintas.

53. M. GASCÓN ABELLÁN también diferencia entre el lenguaje de los juristas y el lenguaje del Derecho: "No cabe duda de que si el lenguaje de los juristas tiene por objeto al Derecho, la filosofía jurídica bien puede asumir como objeto de su reflexión el propio lenguaje de los juristas. La tarea es ampliamente aceptada bajo el nombre de teoría de la ciencia jurídica o metajurisprudencia y comprende, al menos, dos grandes grupos de problemas. Por un lado, los referentes a lo que normalmente se conoce como ciencia o dogmática jurídica, que se identifica con la actividad "doctrinal" que los estudiosos del Derecho realizan con el fin de interpretar las reglas y categorías jurídicas articulándolas en un sistema; por otro, aquéllas cuestiones que surgen como consecuencia de la concreta interpretación y aplicación del Derecho" (*Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica*. En: "A.F.D." X (1993) pp. 194-195).

Reflexiona también acerca de si la actual filosofía del Derecho puede pretender una unidad de objeto y de método o si, por el contrario, constituye una mera yuxtaposición de tareas y enfoques heterogéneos reunidos bajo una misma rúbrica sin más justificación que alguna herencia histórica o la necesidad de dar acomodo a cuestiones y problemas que no encuentran mejor

Teniendo presentes los niveles semióticos ya vistos (sintaxis, semántica y pragmática), G. Robles considera que esta Teoría del Derecho, como análisis del lenguaje de los juristas, constaría de tres partes. La primera, el estudio de los problemas teóricos del momento o de los momentos de creación del texto jurídico: sería la Teoría de la decisión jurídica y correspondería a la *pragmática* (uso del lenguaje); la segunda se referiría al estudio de aquellos problemas teóricos que conlleva la tarea de comprensión del texto jurídico ya creado (tradicionalmente se ha designado a esta tarea como Dogmática jurídica y también como Ciencia del Derecho y tendría su correspondencia en la *semántica*, como significado del lenguaje); por último, el nivel de análisis formal del lenguaje jurídico, cuyo objeto es el estudio por medio del método lógico-lingüístico de la forma de las reglas jurídicas y de sus conexiones recíprocas (tiene su correspondencia en la *sintaxis*, como forma del lenguaje).

Las ventajas y los inconvenientes de esta teoría han sido ya destacados por P. Serna Bermúdez⁵⁴. Obviando las dificultades,

ubicación en otra parte. "De un lado, en efecto, la rígida separación entre el lenguaje de los juristas y el lenguaje del Derecho, que daba vida a dos "teorías" distintas, y, de otra parte, la no menos rigurosa escisión entre la normativa jurídica y la moral, que fundamentaba una segunda división teórica, se muestran hoy difícilmente sostenibles. Primero, porque del lenguaje de los juristas al lenguaje del Derecho se transita sin solución de continuidad, hasta el punto de que el lenguaje de unos juristas particularmente cualificados -los operadores jurídicos- se considera resueltamente lenguaje jurídico; de manera que las conclusiones últimas de la antigua teoría general del Derecho se sitúan actualmente en la metajurisprudencia o teoría de la ciencia, y, a su vez, ésta conduce de forma irremediable a la teoría del Derecho. No otra cosa significa, por ejemplo, la afirmación de que las claves de identidad de un sistema jurídico residen en el comportamiento de los órganos primarios; o que la actividad de los juristas presenta una dimensión prescriptiva o creadora y no simplemente cognoscitiva" (*Ibidem*, p.221).

Vid. también HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Concepto de la Filosofía del Derecho*. En: "A.F.D." X (1993) pp. 175-190.

54. Los principales inconvenientes serían los de la excesiva compartimentación de los niveles de estudio que difícilmente permitirían una

cabe señalar que las ventajas del esquema indicado son evidentes. Destacamos especialmente que la distinción de los diversos planos de estudio del lenguaje jurídico posibilita el análisis de teorías ajenas y de polémicas entre teorías, por lo que si una determinada teoría pertenece a uno de los niveles del lenguaje jurídico, puede no tener nada que ver con los otros⁵⁵.

intercomunicación entre los resultados científicos de los mismos; asimismo, señala que hay algo de artificioso en esta estructuración al distribuir los temas iusfilosóficos clásicos en los tres planos de la sintaxis, semántica y pragmática; en tercer lugar indica que Robles, desde una posición epistemológica descriptivista, hace depender, sin aclarar suficientemente, la pragmática y la semántica de la sintaxis (Cfr. *op.cit.*, pp. 267-295).

Anteriormente, también Angeles LÓPEZ MORENO había destacado la propuesta de G. Robles, llegando a enunciar los temas en que podría articularse el desarrollo de la teoría del Derecho: a) la Semiótica jurídica, considerada como análisis científico del texto o discurso jurídico-positivo; b) la Hermenéutica jurídica, fundada en la comprensión, interpretación y aplicación de los elementos normativos para esclarecer y describir su génesis histórico-cultural hasta su incorporación al texto escrito positivo como término de la efectividad de su propia tradición histórica; c) la Teoría de la justicia, d) la teoría analítico-dogmática y, por último, e) la teoría de la argumentación jurídica (Cfr. *El lugar de la moderna teoría jurídica*. En: "A.F.D." VII (1990) pp. 287-290).

55. Así por ejemplo, "la teoría pura del Derecho se encarga de examinar una problemática que encaja en el nivel de la estructura formal del Derecho, al menos si se considera aquella en su conjunto y en sus preocupaciones teóricas principales. En la teoría pura del Derecho no encontramos desarrollada una Teoría de la Dogmática jurídica ni tampoco una Teoría de la decisión. En este mismo nivel se situaría Hart o Ross y, en general, los autores que han desarrollado una Teoría general del Derecho en el sentido positivista. Por el contrario, un autor como Dworkin hay que situarlo en el plano de la decisión jurídica, pues toda su problemática y planteamiento incide alrededor de este problema. De esta forma su polémica con Hart es un auténtico "diálogo de sordos", pues ambos, al situarse en planos diferentes del lenguaje de los juristas, hablan de distintos asuntos. Las imprecisiones de Dworkin contra el positivismo son también comprendidas dentro de esta clave. Algo parecido sucede, por ejemplo, con Villey, cuya preocupación fundamental es discutir los valores, es decir, los criterios materiales de la decisión jurídica" (ROBLES MORCHÓN, G., *op. cit.*, p. 169).

No es el propósito de este trabajo entrar a analizar cuáles sean los ámbitos de desarrollo de la actual Teoría del Derecho pero no podemos dejar de subrayar la relevancia que en la misma, actualmente, ha adquirido el análisis del lenguaje. Entendemos que éste no agota la temática de la teoría jurídica, pero sí puede servir muy bien para completarla y "colocarla en sus justos niveles de entendimiento". De esta forma se posibilita el necesario diálogo entre las diversas corrientes y autores, entendimiento que, como la propia historia del pensamiento ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones, resulta una tarea ardua en la temática filosófico-jurídica.

