



Máquina de guerra III
Acrílico sobre papel
Sergio Bedoya y Jonathan Carvajal
2007

ESTRUCTURA Y FUNCIÓN: LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO TEORÍA SOCIAL

* Este artículo es producto de la reflexión intelectual sobre el concepto de Filosofía del derecho, sus temas, sus problemas y sus métodos.

Fecha de recepción: Marzo 14 de 2007

Fecha de aprobación: Abril 30 de 2007

ESTRUCTURA Y FUNCIÓN: LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO TEORÍA SOCIAL

*Roger Campione**

«¿Por qué será que las teorías me afectan de esta manera?, tal vez porque me ocupo del Derecho, que no es más que una enorme teoría también, un edificio incierto en cuyo techo se abre una cúpula infinita, como la bóveda celeste que observamos cómodamente sentados en las butacas de un planetario».

(A. Tabucchi, La cabeza perdida de Damasceno Monteiro)

RESUMEN

Como saber reflexivo, la filosofía contempla y problematiza un mundo presente, práctico, y por ello siempre está referida a una realidad social. Así pues, sus asuntos son también asuntos de la sociedad, y por esta razón conviene enmarcar la filosofía del derecho en una teoría general de la sociedad. Para definir el carácter de esta disciplina puede resultar útil la distinción entre análisis estructural (teoría del derecho) y análisis funcional (filosofía del derecho). La importancia del primero deriva de que la imbricación necesariamente social de todo sistema jurídico no impide que éste pueda organizar sus propios mecanismos de autocalificación y autorregulación. El segundo se ocupa del ser social del derecho: aquí la materia objeto de análisis es la sociedad misma, es decir, el conjunto de las relaciones sociales en las que el derecho se incardina como un factor más, determinándolas y siendo determinado por ellas.

Palabras clave: análisis estructural, análisis funcional, teoría del derecho, filosofía del derecho, teoría social.

STRUCTURE AND FUNCTION: PHILOSOPHY OF LAW AS SOCIAL THEORY

ABSTRACT

As reflective knowledge, philosophy contemplates and discusses about a present and practical world. That's why it always refers to a social reality. Therefore, its subjects are also subjects of the society and it is convenient to frame philosophy of law in a general theory of society. In order to define the character of this discipline, it can be useful the distinction between structural analysis (legal theory) and functional analysis (philosophy of law). The relevance of the first one is consequence of the necessary superposition of all legal system with the social aspect, which does not prevent that it can organize its own mechanisms of self-determining and self-regulation. The second one works on the social being of law where the analysis material is the society itself, it means, the whole social relations where law connects with as another factor, determining and being determined by them.

Key words: structural analysis, functional analysis, legal theory, philosophy of law, social theory.

* Doctor en Derecho de la Universidad de Oviedo, España y de la Universidad de Pisa, Italia. Profesor de Filosofía del derecho, Teoría del derecho, Fundamentación de los derechos humanos y bioética en la Universidad Pública de Navarra. Miembro de la Redacción de la Revista electrónica "Cinema e globalizzazione" (<http://www.jgcinema.org>)

ESTRUCTURA Y FUNCIÓN: LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO TEORÍA SOCIAL

1. LA FILOSOFÍA COMO ARTE DE PROBLEMATIZAR

Determinar la tarea específica de la filosofía del derecho es desde siempre el problema central de esta disciplina. Y, en efecto, suena paradójico que resulte más difícil determinar cuál es su tarea que cumplir con ella¹. Por lo general, parece evidente que la filosofía del derecho es, al mismo tiempo, una empresa «sistemática y crítica»². Hago referencia a una consideración crítica del modo de entender la disciplina en objeto precisamente porque se trata de hacer *filosofía* del derecho y, como la propia definición indica, está claro cuál es el nominativo y cuál es el genitivo de la expresión. Como señala Corradini, «la filosofía, si es auténtica, no es nunca neutral, y la confrontación con el pensamiento de otro siempre es para uno mismo una ocasión para volver a poner en discusión su propio pensamiento. La crítica es un diálogo, no un monólogo»³.

Por esta razón, desde un punto de vista metodológico, antes de aclarar si y qué clase de filosofía aplicada es la filosofía del derecho, el que se ocupa de ella debe plantear la cuestión de qué es y en qué consiste ese supuesto saber previo que es la filosofía pues, como afirmó Gentile, «la filosofía del derecho tendrá derecho a vivir mientras se mantenga como filosofía. Y a ella no se llega partiendo del derecho, así como no se llega desde ningún otro concepto empírico; pues todos los conceptos, una vez que han sido determinados con rigor, ya son filosofía y sólo pueden brotar en su propio terreno»⁴. Croce, incluso, indicaba la oportunidad de introducir la

¹ Corradini H. Broussard, D. “Metafísica e diritto. In margine a un libro su Kant”. En: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 4, 1985, p. 537. Desde el punto de vista general de la teoría jurídica, la dificultad de definir el objeto de estudio, y por ende la propia tarea del teórico, suscitaba la conocida perplejidad de Hart: «No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas “¿qué es química?” o “¿qué es medicina?”, como la hay para responder a la pregunta “¿qué es derecho?”» (Hart, H.L.A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, p., 1.)

² Por ejemplo, Alexy, R. “La naturaleza de la filosofía del derecho”. En: *Doxa*. No. 26, 2003, p. 150.

³ Corradini H. Broussard, D. “Metafísica e diritto. In margine a un libro su Kant”, *cit.*, p. 542.

⁴ Gentile, G. *Fondamenti della filosofia del diritto*, III ed. revisada y ampliada, en *Opere*, IV. Florencia, Sansoni, 1961, p. VII. Gentile publicó los *Fondamenti*, con un título que retoma los *Grundlinien der Philosophie des Rechts* de Hegel, a raíz de un curso de Filosofía del Derecho dictado en la Facultad de *Giurisprudenza* de Pisa. Y se trata de un Gentile *non sospetto*, pues los *Fondamenti* son de 1916 y, como es sabido, el fascismo llegó al poder en 1922.

enseñanza de la filosofía en la facultad de Derecho. Pero «de *filosofía* sin más, y no ya de *filosofía del derecho*, porque la filosofía del derecho no se puede aislar del organismo de la filosofía, y cuando se intenta aislarla, se vuelve tan evanescente que hay que llenarla, para darle el aspecto de algo sólido, de un contenido extraño y desordenado⁵». Los juristas no nos cansamos de repetir que el iusfilósofo debe saber, ante todo, derecho. Muy cierto esto, desde luego; sin embargo, rompamos una lanza en favor del iusfilósofo que advierte un sarpullido ante la aridez del dato jurídico, por la sencilla razón de que se apercibe, aunque sea de manera imprecisa, de que ese dato jurídico es una costra que, a poco de exprimir las neuronas, se puede rascar para ver que está pegado a otras instancias, a otras dimensiones de la vida social que están ligadas a doble hilo con la jurídica y cuya indagación es, por tanto, necesaria para una adecuada comprensión de las categorías jurídicas.

De lo contrario, nos quedaríamos encerrados en las angostas fronteras de la teoría pura, útil en lo que aporta pero inútil, cuando no tendenciosa, en el esclarecimiento de las cuestiones relativas al por qué del derecho como método de control, orientación o legitimación social. Estaríamos, retomando la imagen kantiana, ante una teoría del derecho parecida a la cabeza de madera de la fábula de Fedro: bella pero, desgraciadamente, sin cerebro⁶.

Filosofía del derecho, por tanto, pero *filosofía* al fin y a la postre. Además, esta doble ligazón entre objeto y método es lo que da sentido a la misma actividad filosófica, si se la entiende «como un “saber de segundo grado”, y, en este sentido, como un saber re-flexivo (aunque no en la acepción psicológico-subjetiva del término, pues la reflexión se refiere aquí no ya a la “vuelta del objeto sobre sí mismo” sino a la vuelta sobre “otros saberes” previamente dados, a fin de compararlos, contrastarlos, “coordinarlos” en su caso, o explorar sus límites recíprocos)»⁷. Comparar, contras-

⁵ Cit. en Corradini H. Broussard, D. “Ein Liebenslied. Perché anche Nina ricordi”, en Arnó, F., Corradini H. Broussard, D. *Biodiritto*. Pisa, Tipografia Editrice Pisana, 2003, p. 18.

⁶ Kant, I. *Introducción a la teoría del derecho*. Introducción y traducción de F. González Visen. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978, p. 7. Es muy ilustrativa la descripción de Corradini cuando se refiere a aquellos juristas cuya enfermedad –llamada historiofobia y éticofobia– «los empujaba a detenerse ante el escenario del derecho sin perforarlo nunca, pues perforándolo habrían descubierto lo que no les interesaba descubrir: el poder, y con el poder a Maquiavelo, y con Maquiavelo al Príncipe de turno» (Corradini, H. Broussard, D. “Ein Liebenslied. Perché anche Nina ricordi”, *cit.*, p. 21).

⁷ Bueno, G. *¿Qué es la filosofía? El lugar de la filosofía en la educación. El papel de la filosofía en el conjunto del saber constituido por el saber político, el saber científico y el saber religioso de nuestra época*. Oviedo, Pentalfa, 1995, p. 83. Como consecuencia de ello, sigue Bueno, «la filosofía ya no podía entenderse como una actividad emanada de una fuente “individual” o subjetiva, puesto que los saberes que pre-supone son saberes de otros hombres, constituidos socialmente, según procesos históricos muy determinados. La filosofía, como “saber de segundo grado”, debía entenderse, desde el principio, social e históricamente “implantada”, y no “implantada” en una supuestamente originaria subjetividad individual de las conciencias humanas». (*Ibidem*).

tar y coordinar “otros saberes”, implica el desarrollo de una inteligencia crítica. Si acudimos a las explicaciones de los paleoarqueólogos, resulta que la capacidad humana para «aplicar estándares de corrección al juzgar las acciones propias y ajenas puede identificarse por vez primera en las canteras de la Edad de Piedra, donde al parecer se desechaban las piedras imperfectamente trabajadas». La actividad de evaluación conforme a ciertos criterios, es decir, la actividad de clasificación, por tanto, se aplica ya desde entonces (aunque no pueda aún hablarse de “filosofía”⁸) a las producciones humanas, tanto a las materiales como a las cognoscitivas. Así pues, cabe reconocer, en un sentido más general, que la filosofía no es sólo la intuición y la expresión de nuestra posición en el universo; es también el ejercicio de la inteligencia crítica sobre estas intuiciones y sus presupuestos¹⁰.

2. POR UNA TEORÍA SOCIAL DEL DERECHO

Entendida como “saber de saberes” (saber de segundo grado), la filosofía no puede calificarse como un saber de “hechos” pues no se mide con hechos y «lo que la hace atractiva», se ha dicho, «y que, al mismo tiempo, la condena a un estatuto siempre inestable y problemático, es que se plantea problemas que no pueden resolverse quedándose en el terreno de la verificación de los hechos»¹¹. Empero, como saber reflexivo, la filosofía contempla y problematiza un mundo presente, práctico, y por ello siempre está referida a una realidad social¹². La filosofía es la época de cada uno apprehendida en pensamientos, ya lo decía Hegel citando a Esopo: *hic Rhodus, hic saltus*, y «por eso resulta tan insensato creer que cualquier filosofía pueda ir más allá de su mundo actual como que un individuo pueda saltar por encima de su época, que salte más allá de Rhodus»¹³.

⁸ Harré, R. *1000 años de filosofía*. Madrid, Taurus, 2002, p. 17.

⁹ «El pensamiento arcaico es siempre directo o transitivo, va directamente al objeto, sin pararse a considerar sus propios condicionamientos subjetivos, lingüísticos o metódicos. No es autorreflexivo, no explicita ni analiza su propia metodología» (Mosterin, J., *Historia de la filosofía. I. El pensamiento arcaico*. Madrid, Alianza, 1983, p. 224).

¹⁰ Harré, R. *1000 años de filosofía, cit.*, p. 17.

¹¹ Petrucciiani, S. *Modelli di filosofia politica*. Turín, Einaudi, 2003, pp. 8-9.

¹² «La filosofía no nació en calmo retiro, sino en Mileto, el mercado del mundo antiguo en el que los pueblos del Mediterráneo procedían al cambio de sus mercancías; y los más antiguos pensadores no fueron ascetas alejados del mundo, sino hombres distinguidos, curiosos y abiertos al mundo, políticos en parte» (Nestle, W. *Historia del espíritu griego*. Barcelona, Ariel, 1975, p. 55).

¹³ Hegel, G. W. F. *Fundamentos de la filosofía del derecho*. Edición de K. H. Ilting. Madrid, Libertarias/Prodhufi, 1993, p. 59.

Los asuntos de la filosofía son también asuntos de la sociedad, y por esta razón conviene enmarcar la filosofía del derecho en una teoría general de la sociedad. Pero sin caer en el historicismo absoluto, pues se trata de ir más allá de la historia y extraer, de uno u otro pensamiento filosófico, lo que conserva de actual aclarando lo que ya no puede ser resucitado. De lo contrario, se difuminarían la función específica de la filosofía del derecho y su diferencia respecto a la sociología del derecho, ya que filosofías que reflejan sociedades de otros tiempos concurren a estructurar la nuestra, *hic et nunc*. Por eso los contemporáneos aprehendemos de Platón y Aristóteles y por eso la filosofía es como la lechuza de Minerva que levanta su vuelo al romper el crepúsculo, para distinguir lo que ha envejecido de lo que permanece¹⁴. Tal como indicó Marx, «tanto las relaciones jurídicas como las formas de Estado no pueden comprenderse por sí mismas ni por la llamada evolución general del espíritu humano»¹⁵; y, como recordó Ehrlich, «el centro de gravedad de la evolución del derecho no se halla en la legislación, en la ciencia jurídica ni en la jurisprudencia, sino en la misma sociedad»¹⁶. Y el derecho es un producto social que «se constituye en el seno de la comunicación lingüística», hasta el punto de que el derecho sería «lo que se dice sobre el derecho». La cosa no debe extrañar teniendo en cuenta que «si el objeto derecho se constituye y se recrea permanentemente al hablar de él, a tal constitución contribuye todo discurso sobre el derecho que pueda tener efectos sobre la forma ulterior de entender y vivir lo jurídico en la sociedad correspondiente, bien sea porque se consolide, bien porque se modifique en algún punto la imagen del sistema jurídico socialmente vigente y operante»¹⁷.

Desde la perspectiva del estudioso, quizá, no debería sorprender tanto, como le ocurría a Bobbio, que muchos conceptos básicos de la teoría general de la sociedad, como los de estatus, rol, expectativa, permisividad, obligatoriedad, sanción, institución e institucionalización, sean también nociones básicas de la teoría general del derecho, pues se trata de conceptos fundamentales para describir un sistema normativo¹⁸.

¹⁴ Hegel, G. W. F. *Fundamentos de la filosofía del derecho*, cit., p. 61.

¹⁵ Marx, K./Engels, F. *Obras escogidas I*. Madrid, Akal, 1975, p. 372.

¹⁶ Ehrlich, E. *I fondamenti della sociologia del diritto*. Milán, Giuffrè, 1976, p. 3. Al fin y al cabo, «la norma no es mero enunciado lógico contrapuesto a la vida social, sino que se encuentra sumergida en ella» (Ollero, A. "Una filosofía jurídica posible". En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, No. 15, 1975, p. 273).

¹⁷ García Amado, J. A. "Sobre los modos de conocer el derecho. O de cómo construir el objeto jurídico". En: *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 11, 1992, pp. 195-196.

¹⁸ Bobbio, N. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Milán, Edizioni di Comunità, 1977, pp. 60-61.

Pero, incluso asumiendo este marco general, «¿En qué puede consistir el “carácter filosófico” de un saber jurídico? ¿En descubrir un objeto que sólo revela, a otras formas de conocimiento, su *apariencia*? ¿En reducir a un sistema unitario los conocimientos comunes a todas las ciencias que tienen por objeto al derecho? ¿En formular los principios metodológicos generales a los que todas las ciencias jurídicas tendrán que conformarse? ¿En formular juicios de valor sobre las distintas configuraciones posibles del objeto “derecho”, tal como lo describen otras ciencias? ¿En determinar lo que el derecho *debería ser*, independientemente de lo que *es* o *podría ser*?»¹⁹. Efectivamente, con dar tan sólo un somero repaso a la historia del pensamiento jurídico, registramos los continuos esfuerzos por dar prioridad a unos u otros de tales interrogantes frente a los demás, y la lista tampoco debe considerarse cerrada. Sin embargo, podemos señalar, con Corradini, que todos ellos tienen al menos un aspecto en común. Se trataría de un elemento *negativo*: el rechazo a conformarse con una perspectiva que se agota en la *inmediatez* del objeto jurídico.

La visión del filósofo del derecho, por tanto, se caracterizaría por un cierto *alejamiento* del punto de observación respecto del objeto hacia el que dirige su mirada. La finalidad de este distanciamiento no es otra que la de ampliar la perspectiva, para abarcar no sólo el espacio que el derecho “aparentemente” ocupa sino, sobre todo, el que está “más allá” del objeto-derecho tal como está conceptualizado por otras formas no filosóficas de saber (en el aspecto etimológico, por tanto, puede hablarse de una perspectiva meta-física)²⁰. En este sentido, el reto de la filosofía del derecho consiste en proporcionar una visión global, totalizadora, del fenómeno jurídico considerándolo, al mismo tiempo, en su conexión con los demás fenómenos sociales (su dimensión funcional dentro de la dialéctica social) pero intentando sacar a la luz los rasgos característicos que lo distinguen de tales fenómenos (su contorno estructural en tanto realidad normativa particular).

3. JANO BIFRONTE: ESTRUCTURA Y FUNCIÓN EN EL DERECHO

Escribe Bobbio en 1977 que el «predominio de la teoría pura del derecho en el campo de los estudios jurídicos ha conducido a que los estudios de teoría general

¹⁹ Corradini H. Broussard, D. “Metafísica e diritto. In margine a un libro su Kant”, *cit.*, p. 537.

²⁰ Cfr. Corradini H. Broussard. “Metafísica e diritto. In margine a un libro su Kant”, *cit.*, p. 538, quien precisa que «la filosofía del derecho siempre *trasciende* lo que se define como “derecho”. En este sentido genérico y no técnico de la palabra, no existe una filosofía del derecho que no sea *metafísica*. A no ser que bajo el nombre de filosofía del Derecho se despache algo que no es filosofía, por ejemplo una teoría general del Derecho o una historia de las ideologías jurídicas: ambas cosas muy respetables y muy útiles, que sin embargo no son filosofía, y que se deberían llamar con otros nombres, con sus propios nombres».

del derecho se hayan orientado, durante mucho tiempo, hacia el análisis de la estructura de los ordenamientos jurídicos más que hacia el análisis de su función. Ahora bien, lo que lo distingue [al derecho] como subsistema de los demás subsistemas, junto a los que constituye el sistema social en su conjunto, es su función. [...] Obviamente, la orientación de la teoría del derecho hacia el análisis funcional, hacia la que he llamado una “teoría funcionalista del derecho”²¹, en añadidura y no en contraposición a la teoría estructuralista dominante, no ha podido ocurrir sin la contribución directa de la sociología²². El paso de la teoría estructural a la teoría funcional es también el paso de una teoría formal (¡o pura!) a una teoría sociológica (¿impura?)»²³.

La demarcación sería entre un análisis estructural y un análisis funcional del derecho, a falta de una mejor definición; en el sentido de que si la habitual expresión “análisis estructural” se ajusta suficientemente a lo que quiero indicar, cuando hablo de análisis “funcional” habría que depurar el vocablo de las implicaciones que ha ido adquiriendo a causa del impacto que ha tenido el paradigma funcionalista en sociología. Con esta expresión no pretendo referirme exclusivamente a la dimensión teleológica típica del estudio de las funciones del derecho. Al hablar de análisis funcional me refiero literalmente a la cuestión de cómo el derecho –entendido como una determinada práctica social– es condicionado y a su vez condiciona otras prácticas sociales.

Otra manera de acercarse a un enfoque parecido puede encontrarse en el esquema utilizado por Hernández Marín, quien distingue entre teoría general del derecho y filosofía del derecho socio-política (o filosofía jurídica político-social)

²¹ Es curioso que aquí Bobbio utilice las expresiones “análisis funcional” y “teoría funcionalista” como si se tratara de definiciones intercambiables cuando fue precisamente él quien diferenció, un par de años antes, los dos términos al subrayar que el funcionalismo es una teoría social de la sociedad, que tiende a formular explicaciones ontológicas y con la tendencia a “legitimar” el orden existente, mientras que el análisis funcional sería un método de conocimiento que se centra en las funciones que una institución (por ejemplo, el derecho) realiza para la sociedad pero que, sin embargo, no es en absoluto incompatible con un análisis crítico de la institución (Bobbio. “Intorno all’analisi funzionale del Diritto. En: *Sociologia del Diritto*. 1, 1975, pp. 9-10 y con posterioridad incluido en el volumen *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., pp. 89-121, con el título “L’analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi”; hay traducción al castellano En: *Id.*, *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid, Editorial Debate, 1990, pp. 255-278. Sobre el alcance y la aceptación de la distinción de Bobbio, tanto en ámbito funcionalista como entre sus adversarios, vid. también Ferrari, V. *Las funciones del derecho*. Madrid, Editorial Debate, 1989, pp. 34-35.

²² En efecto, esta visión de Bobbio del derecho como subsistema, junto con el económico, el cultural y el político, cada uno de los cuales desarrolla su propia función dentro del sistema social, es exactamente la que introduce Parsons en *El sistema social*.

²³ Bobbio, N. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, cit., pp. 8-9.

indicando que la primera prescinde, «total o casi totalmente, de las relaciones, sociales y de cualquier otro tipo, en las que el Derecho se halla inmerso», mientras que la segunda analiza el derecho como fenómeno social, es decir, se ocupa de los factores, no jurídicos, condicionantes de las normas jurídicas, así como de las consecuencias que éstas tienen sobre tales condicionantes²⁴. Este autor clasifica las dos perspectivas, respectivamente, como “punto de vista interno” y “punto de vista externo” en el estudio del derecho: el primero significa contemplar el derecho como un fenómeno aislado de los demás fenómenos sociales, el segundo implica «las relaciones existentes entre las normas jurídicas y fenómenos externos a ellas (esos fenómenos que condicionan las normas jurídicas o que están condicionados por ellas)»²⁵. Correctamente, Hernández Marín afirma que los dos puntos de vista no son incompatibles; al contrario, son complementarios y tanto la teoría general del derecho como la filosofía del derecho socio-política –a diferencia, respectivamente, de la dogmática jurídica y de la sociología jurídica, que implican un análisis de tipo científico– son disciplinas que se mueven en un plano filosófico. Y también me parece razonable sostener, como hace este autor, que «el conocimiento interno del Derecho debe siempre preceder a su conocimiento externo», pues «es necesario un conocimiento mínimo de las normas jurídicas, antes de empezar a averiguar qué relaciones existen entre dichas normas y la realidad social no jurídica»²⁶.

Lo que, en cambio, no me resulta tan convincente en el esquema de Hernández Marín, es que esta relación propedéutica esté acompañada por una correlación jerárquica según la cual «un buen conocimiento interno del Derecho es imprescindible, mientras que un buen conocimiento externo del Derecho no es tan necesario», llegando a justificar que «la teoría general del Derecho predomine sobre la filosofía jurídica socio-política (y al margen de la circunstancia [...] de que esta última disciplina resulta difícil de justificar en sí misma)»²⁷. Esta dificultad justificatoria sería debida a que la filosofía jurídica socio-política presenta un carácter prescriptivo y un tipo de análisis especulativo que maneja (o manipula) los datos de manera parcial y

²⁴ Hernández Marín, R. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. 2ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 12-13.

²⁵ Hernández Marín, R. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, cit., p. 12. Es importante señalar que la doble perspectiva a la que se refiere este autor no coincide con la conocida distinción de Hart, para quien el punto de vista interno difiere del externo porque el primero es el que adopta quien acepta la regla de reconocimiento (Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*, cit., p. 128). En cambio, en el modelo de Hernández Marín la distinción entre estos dos puntos de vista es independiente de la actitud que se asuma ante las normas jurídicas: «estudiar el Derecho desde el punto de vista interno no implica aceptar, ni rechazar, las normas jurídicas; y lo mismo es válido respecto al punto de vista externo» (Hernández Marín, R., cit., p. 14).

²⁶ Hernández Marín, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, cit., p. 22.

²⁷ Hernández Marín, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, cit., pp. 17 y 24.

suele reflejar las orientaciones y preferencias ideológicas, políticas, etc., personales. Dejando al margen la cuestión de la relación entre la ciencia y la objetividad de sus descripciones, entiendo que en una ciencia social como la jurídica el estudio de la perspectiva prescriptiva, o valorativa, constituye el elemento de necesaria complementariedad con respecto al momento estructural o (tómese *cum grano salis*) descriptivo, por la obvia razón de que «el Derecho tiene lugar en un marco histórico-social concreto, donde se dan tendencias políticas, éticas e ideológicas más o menos dominantes y expresa un contenido múltiple, variable y dinámico»²⁸. No es necesario apelar a la distinción de Kant entre el *quid* y el *iustum vel iniustum* del derecho para reconocer que la comprensión filosófica de la categoría jurídica pasa por el análisis de los factores no jurídicos (externos) y que, sin embargo, influyen de modo determinante sobre el derecho. Y los datos abastecidos por esos factores ideológicos, políticos, económicos, morales, etc., implican, lógicamente, relaciones de tipo prescriptivo, es decir, elecciones y selecciones. Amputar la iusfilosofía de su parte filosófico-externa nos devolvería una reflexión sobre el derecho totalmente inane desde el punto de vista práctico, pues cerraría los ojos ante un momento esencial para su entendimiento.

Permítaseme un parangón con la termodinámica: consideremos dos contenedores con las mismas dimensiones, uno caliente y el otro frío. Si los ponemos en contacto, de manera espontánea, es decir, sin la menor intervención por nuestra parte, el contenedor frío se calentará, mientras que el caliente se enfriará. Los ingenieros, a mediados del siglo XIX, sabían que podían colocar entre los dos contenedores una máquina térmica que trabajase utilizando el diferencial de calor. Pero también sabían que cuanto menor es la diferencia de temperatura entre los contenedores, igualmente menor es la posibilidad de hacer funcionar una máquina térmica. Esto significa que la posibilidad de transformar el calor en trabajo disminuye progresivamente conforme se reduce la diferencia de temperatura entre los contenedores. Todo este panegírico se resume con un concepto, el de *entropía*, y constituye el Segundo Principio de la Termodinámica.

Años después, Clerk Maxwell intentó excogitar algún expediente para averiguar si podía invalidar este principio. A tal efecto, ideó un aparato, conocido como “el demonio de Maxwell”, que consta de un mecanismo que supervisa una pequeña apertura en la pared que separa los dos contenedores y controla las moléculas que se lanzan hacia la misma apertura. El dispositivo funciona de manera tal que cada vez que llega una molécula lenta (más fría) desde la parte caliente, o una rápida (más caliente) desde la parte fría, el demonio abre el pasadizo. De lo contrario, lo mantiene

²⁸Lucas, J. de (coord.) *Introducción a la teoría del derecho*. 3ª ed., Tirant lo blanch, 1997, p. 85.

cerrado. Naturalmente, de este modo el contenedor frío se enfría cada vez más, ya que va perdiendo las moléculas “calientes”, mientras que el caliente se calienta aún más porque pierde las moléculas “frías”. Así pues, durante un tiempo se pensó que el “demonio de Maxwell” invalidaba el Segundo Principio²⁹. Y, en efecto, así sería si se considerase la dinámica desde un punto de vista exclusivamente interno y nos limitásemos a la “descripción” del artefacto. Pero, a menudo, si se quiere describir un fenómeno de manera completa y rigurosa no basta con depurar la observación de toda intromisión de agentes externos. Al contrario, los agentes externos pueden ser los que determinen el funcionamiento del mecanismo que proporciona los datos empíricos. En el caso del “demonio de Maxwell”, por ejemplo, se demostró que el experimento en realidad no invalidaba el Segundo Principio de la Termodinámica. ¿Por qué? Porque para que el “demonio” pueda valorar si las moléculas son rápidas o lentas, necesita verlas. Y para ello precisa de una linterna eléctrica, que a su vez necesita una batería. Pero las baterías se agotan, es decir, consumen energía, y con esto cae toda esperanza de invalidar el Segundo Principio. El “demonio de Maxwell”, indudablemente, posee y opera según un código propio de racionalidad (frío/caliente, rápido/lento, aumento/disminución de entropía), al igual que el derecho (legal/ilegal, comprador/vendedor, demandante/demandado); sin embargo, si se quiere obtener un conocimiento completo de la “materia” es oportuno ensanchar el ángulo de observación para abarcar también lo que hay detrás (o fuera, o más allá) del dispositivo objeto de nuestro interés cognoscitivo, precisamente para que el estudio de tal realidad no se reduzca a una especulación cerrada en sí misma³⁰. En el caso del campo jurídico, los agentes externos pertenecen a dimensiones sociales (morales, políticas, ideológicas, económicas, culturales) en las que no resulta de

²⁹ Para ilustrar el experimento he resumido la explicación de H. von Foerster. *Sistemi che osservano*, edición a cargo de U. Ceruti y U. Telfner. Roma, Astrolabio, 1987, pp. 194 ss.

³⁰ Se puede expresar el mismo concepto con un pequeño juego a través de una cita, prácticamente literal, en la que sustituiré algunos términos con incógnitas: «Para que una “X” funcione hay que registrar en el “Y” una determinada “Z” límite y, si todo funciona (incluido el mecanismo de “S”), “Y” hace que, en el ambiente controlado, la “Z” no supere el umbral previsto. Sin embargo, no es “Y” el que elige el aspecto a controlar ni el umbral a mantener. Esta elección la hace un agente externo». Si sustituimos la “X” por el término “sociedad” o “sistema social”, la “Y” por “derecho” o “sistema jurídico”, la “Z” por “conducta” y la “S” por “sanción”, obtenemos una frase dotada de sentido que, en definitiva, viene a decir que el derecho es un mecanismo de regulación de la sociedad en el que se fijan los límites de las acciones de los ciudadanos y, cuando estas acciones traspasan tales límites, se pone en marcha un aparato sancionador cuyo fin es reintegrar las conductas por debajo del umbral establecido. Y, además, concluye diciendo que no es el sistema jurídico el que decide qué conductas controlar y sus límites, sino un factor externo, es decir, no perteneciente al mismo sistema jurídico. La cita es de E. von Glasersfeld (*El costruttivismo e le sue radici*, en <http://www.oikos.org/voncostrutt.htm>) y para leerla en versión original hay que sustituir la incógnita “X” por la palabra “nevera”, la “Y” por “termostato”, la “Z” por “temperatura” y la “S” por “refrigeración”. Como se puede observar, aunque aplicado a otro tipo de engranaje, el párrafo mantiene intacto el sentido.

ninguna utilidad analítica la aplicación exclusiva de la “neutralidad valorativa”. Al fin y al cabo, tal como señala con claridad Baratta, las ideologías y los valores son elementos fundamentales que caracterizan al “derecho”, si con esto entendemos no sólo las normas sino también los procesos de formación y aplicación de las normas y el conjunto de los órganos institucionales que presiden tales procesos. Y es precisamente la relación con los valores y las ideologías³¹ lo que permite analizar la conexión entre el sistema jurídico y el sistema social

Que la filosofía, y también la filosofía del derecho, es un tipo de saber reflexivo, de segundo grado, significa que en realidad el punto de vista asumido por el iusfilósofo siempre es, desde una perspectiva epistemológica general, externo. La tradicional exigencia positivista de neutralidad, ejemplificada paradigmáticamente en el primer párrafo del Prólogo a la primera edición de la *Teoría pura del derecho*³² y defendida también por autores como Hart, Ross, Alchourrón y Bulygin³³, implica una afirmación re-flexiva, es decir, crítico-filosófica, que compara y contrasta modos diversos de acceso a un saber determinado, y que, naturalmente, tiene consecuencias sobre la manera de clasificar y ordenar lo que compone la categoría jurídica. O, lo que es lo mismo, refleja una ideología determinada (entendiendo la noción de ideología no en el sentido negativo de falsa conciencia, sino en el de Mannheim, referido a una visión general del mundo)³⁴.

¿Cómo justificar, entonces, la autonomía relativa de un punto de vista interno en el estudio del derecho? Pues bien, reconociendo que la imbricación necesariamente social de todo sistema jurídico³⁵ no impide que éste pueda organizar sus propios mecanismos de autocualificación y autorregulación. Mas esta conclusión sólo adquiere sentido significativo si se la considera desde la perspectiva filosófico-externa y se tiene en cuenta que tal operación de independización es una hipóstasis, una suerte de ficción útil para explicar lo que se puede explicar (tan

³¹ Baratta, A. Respuesta al cuestionario “Problemas abiertos en la filosofía del derecho”. En: *Doxa*, 1, 1984, p. 35. *Grosso modo*, en el mismo sentido entiendo la postura de Atienza cuando, matizando la famosa distinción de Bobbio que contraponen una filosofía del derecho de los filósofos (construida desde arriba) a una filosofía del derecho de los juristas (elaborada desde abajo), propone una filosofía del derecho fabricada “desde en medio”, es decir, con la función de intermediaria «entre los saberes y prácticas jurídicas, por un lado, y el resto de las prácticas y saberes sociales –incluida la filosofía–, por el otro» (Atienza, M. Respuesta al cuestionario “Problemas abiertos en la filosofía del derecho. En: *Doxa*, 1, 1984, pp. 31-32).

³² Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*. 7ª ed., México, Editorial Porrúa, 1993, p. 7.

³³ Cfr. Calsamiglia, A. “Ciencia jurídica”. En: Garzón Valdés/Laporta, F. J. (eds.), *El derecho y la justicia*. Madrid, Trotta, 2000, p. 21.

³⁴ Mannheim, K. *Ideología y Utopía*. 2ª ed., México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1987.

³⁵ Al fin y al cabo esta es una premisa que incluso queda patente en el concepto de “regla de reconocimiento” teorizado por Hart (Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*, cit., pp. 117 ss., 125 ss., 135-137).

sólo lo que se puede explicar) del derecho *ab intra*. Que no es todo, ni está demostrado –y esto depende más del gusto que del rigor científico– que sea lo más importante del derecho. En este sentido, cabe decir que una de las condiciones para una teoría del sistema jurídico «consiste en admitir que “sistema jurídico” indica una característica atribuida al derecho por sus representaciones doctrinales y filosóficas»³⁶ o, en los términos de la teoría general de sistemas, que no define un sistema *real*, como si se tratara de un organismo biológico sino, como mucho, un sistema *conceptual*, es decir, un conjunto de objetos y relaciones delimitado sólo por abstracción con respecto al ambiente³⁷. Podría parecer que la teoría del derecho aquí prospectada no difiere en nada de la ciencia del derecho kelseniana que «intenta concebir “jurídicamente” su objeto, esto es, concebirlo desde el punto de vista del derecho»³⁸, pero no es lo mismo “concebir” el derecho desde el punto de vista jurídico, es decir, agotando sus elementos condicionantes dentro del sistema jurídico –que es lo que subyace en la teoría pura–, que afrontar la cuestión de cómo los juristas comprenden el fenómeno jurídico y por qué lo entienden como lo entienden, teniendo en cuenta que la actividad jurídica no es una mera observación de hechos, sino de normas, es decir, de hechos que ya son observaciones ellos mismos. Y esto implica que dar cuenta del derecho como realidad normativa específica no impide utilizar elementos extrasistemáticos, pues incluso desde esta perspectiva “interna” el derecho es considerado como práctica social. De ahí que los argumentos expuestos con el fin de dilucidar este análisis estructural tendrán que ser, al menos tal es la aspiración, no sólo jurídicamente consistentes sino también socialmente relevantes.

En cualquier caso, esta distinción entre análisis estructural y análisis funcional no pretende ser neta sino útil. Con esta partición, por decirlo de otro modo, no se quiere abrir un abismo entre la imagen del derecho como momento de la *praxis* y el derecho como objeto abstractamente considerado por la ciencia, sino hacer posible una comprensión global de la experiencia jurídica³⁹. De manera simplificada, podría decirse que si por un lado el análisis estructural se ocupa de indagar los elementos distintivos del sistema jurídico frente a otros sistemas sociales o normativos, el análisis funcional está dirigido al descubrimiento de la otra cara de la moneda,

³⁶ Barberis, M. *Filosofía del derecho. Un'introduzione teorica*. Turín, Giappichelli, 2003, p. 160.

³⁷ Von Bertalanffy, L. *Teoría generale dei sistemi*. Milán, Istituto Librario Internazionale, 1971, p. 16.

³⁸ Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 83.

³⁹ La noción de “experiencia jurídica” es de Capograssi (Capograssi, G., *Opere*, VII vol., Milán, Giuffrè, 1990).

esto es, a los elementos y los terrenos compartidos por las diversas dimensiones sociales y normativas (jurídicas, morales, políticas, económicas, ideológicas, etc.). Esto significa que en ambos casos se considerarán todos estos aspectos de la vida social, pero mientras en el primero se subrayarán los puntos de separación, en el segundo se hará mayor hincapié en sus conexiones y superposiciones. Digamos que el análisis estructural asume como objetivo propio la indagación sobre el *contorno* del derecho, mientras que el análisis funcional persigue la exploración de su *entorno*.

Naturalmente, lo anterior no significa que en la parte analítica se deje de lado la impronta filosófica del estudio: así como en ambos casos el objeto de reflexión es el derecho, también en ambos casos el método aplicado ha de ser el filosófico. La diferencia estriba en que si en el primer apartado se centra la atención principalmente en la autonomía operativa del derecho en cuanto mecanismo normativo, en el segundo se indaga de manera prioritaria la cuestión de su fundamentación externa, como estructura social. Traduciendo esta descripción a los lenguajes clásicos de la filosofía del derecho, es decir, al plantear como central el problema de la normatividad/obligatoriedad del derecho, también puede decirse que si, por un lado, la teoría del derecho se interesa sobre todo por la cuestión de *cómo* obligan las normas jurídicas -o, dicho de otro modo, *de qué manera* operan como fundamentos para exigir su cumplimiento-, por otro lado, a la filosofía del derecho le incumbiría, en particular, el asunto relativo a *si y por qué*, más allá de su tautológica autojustificación, las normas jurídicas obligan.

Habría, por tanto, que afrontar dos órdenes consecutivos de problemas complementarios. El primero sería relativo a la fundamentación de la racionalidad jurídica, a su engarce, ante todo, con la racionalidad moral, para explorar los argumentos clásicos con los que participantes y observadores apoyan, o rechazan, la pretensión directiva que acompaña las normas jurídicas. El segundo estaría relacionado con el *modo* en que el derecho procura dirigir las acciones o las omisiones de los sujetos ubicados bajo su esfera de influencia, es decir, con la incógnita de *cómo* las normas jurídicas obligan o tratan de obligar. Esta cuestión, lógicamente, tiene relevancia sólo si se considera que la normatividad jurídica ejerce su fuerza preceptiva mediante mecanismos operativos propios que, al menos hasta cierto punto, puedan distinguirse, por ejemplo, de la forma en que las normas morales impelen a respetar sus dictados.

Hay dos observaciones primordiales que aclaran el sentido de este planteamiento:

- a) A la hora de intentar delimitar los confines de la materia "Filosofía del Derecho", el iusfilósofo que «reflexione sobre la orientación general de su disciplina deberá tratar de dejar perfilado su concepto de lo jurídico, su opción de partida, su

modo de abordar el Derecho como objeto al que referir la teorización posterior en que su menester ha de consistir»⁴⁰;

- b) En otro plano, puede decirse que «el Derecho es prioritariamente *praxis* y carece de toda razón de ser última que no se fije en su función para la *praxis*»⁴¹. Yo diría que partir de esta afirmación implica reconocer dos hechos: primero, que la práctica jurídica, a todos los niveles, se integra en una mecánica social y, segundo, que para reforzar la comprensión de tal práctica es imprescindible preguntarse cómo y para qué funciona.

En esta óptica, el análisis estructural consistiría en la labor de dibujar la silueta de lo jurídico (llámese concepto de derecho u opción de partida sobre el fenómeno jurídico). Realizar esta labor significaría trasladar una idea acerca de lo que es el derecho sin problematizar en profundidad el aspecto de para qué sirve y el de cómo condiciona, y está a su vez condicionado por, otros ámbitos sociales. Se puede empezar a construir el concepto de un elemento material cualquiera –por ejemplo, unas tijeras o un automóvil– como objeto problemático, dando, en principio, casi por descontado cuál es su función específica o, mejor dicho, manejando sobre esto una idea *in fieri*. Y preguntarse cómo se perfila un concepto significa plantearse cómo se lo conoce. No hay ontología posible sin fundamentación epistemológica –de esto no me cabe la menor duda–, pues de lo contrario se torna metafísica en sentido peyorativo. Y la manera de conocer un objeto pasa necesariamente por distinguirlo de otro; en los términos de la epistemología de Bateson, diríamos que la operación fundamental del conocimiento es la “diferencia” (que produce una diferencia en el observador)⁴². Dicho en términos no cibernéticos: entiendo que presentar un concepto de derecho implica diferenciarlo de otras dimensiones que a primera vista (y por tanto, de manera esencialmente no problemática) comparten características más o menos generales con aquel. Se trataría de ver cómo el jurista diferencia el derecho y sus métodos de la moral y sus métodos, de la religión y sus métodos, de las reglas sociales y sus métodos y, en definitiva, de las ciencias sociales y sus métodos. En síntesis, la cuestión sería la de constituir el objeto como objeto lo

⁴⁰ García Amado, J. A. “Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho y su posible sentido actual”. En: *Anuario de filosofía del derecho*, VII, 1990, p. 267. Esto se debería a que «es inevitable en toda filosofía del Derecho una opción inicial, una toma de postura, tácita o explícita, sobre el tipo de realidad que el Derecho encarna o en que el Derecho se concreta» (*Ibidem*).

⁴¹ García Amado, J. A. “Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho y su posible sentido actual”, *cit.*, p. 267.

⁴² Bateson, G. *Pasos hacia una ecología de la mente. Una aproximación revolucionaria a la autocomprensión del hombre*. Buenos Aires, Ediciones Carlos Lohlé, 1985, pp. 483-484.

más específico posible o, mejor dicho, de construir el objeto-derecho como objeto específicamente jurídico. En este sentido, se puede compartir la idea de que al análisis estructural no le corresponde «ocuparse de los condicionamientos sociales de lo jurídico o de la interrelación empírica entre derecho y sociedad»⁴³, en la medida –añadiría yo– en que ello sea posible, pues este relativo aislamiento tiene cabida sólo si se lo concibe y se lo utiliza como una herramienta heurística y, por tanto, se evita cualquier pretensión de que refleje una dimensión ontológica pura.

¿Cuál sería la utilidad de semejante planteamiento? La pregunta no es peregrina y merece una mínima reflexión. No creo que este interés se deba a *l'art pour l'art*, a la valía del conocimiento en sí mismo, sin atención a sus consecuencias prácticas. La comprensión de la dinámica mediante la cual el sistema jurídico construye sus lindes respecto a otras dimensiones normativas puede ser esencial para percatarse no sólo de su estructuración lógica interna –como conjunto ordenado de normas– sino también de su alcance material, a través de sus mecanismos operativos. La cuestión a elucidar es la de preguntarse por las diferencias entre las normas jurídicas y otros tipos de normas (aunque, antes de todo, habrá que establecer qué es una norma), si se considera la posibilidad de que de prescripciones normativas tipológicamente diversas deriven consecuencias prácticas distintas para los sujetos sometidos a ellas (por ejemplo, qué efectos puedo esperar que se produzcan en mi esfera vital si no pago los impuestos o subo a un autobús sin comprar el billete, o cuento sin autorización a una tercera persona un secreto que me ha sido confiado o no saludo a un amigo al cruzarme con él en la calle).

Identificar normas, sanciones y principios no es tarea exclusiva de la teoría del derecho, también la filosofía moral, o la sociología, se articulan alrededor de estos conceptos. Si todo tipo de norma busca influir en las conductas y las relaciones entre seres humanos, ¿hay alguna diferencia, en el *modo* en que esto ocurre, según se trate de normas jurídicas o, por ejemplo, de normas morales o de reglas del trato social? Podría ser que no; sin embargo, el hecho de que «solamos distinguir entre normas jurídicas, religiosas, morales, del trato social, costumbres (...)»⁴⁴ ya sugiere la posibilidad de una respuesta afirmativa.

Centrarse en la especificidad de la normatividad jurídica permitiría recorrer los temas fundamentales que vertebran, paradigmáticamente, la tradición de la teoría legal: las nociones de norma y ordenamiento jurídico, la relación entre el derecho

⁴³ García Amado, J. A. “La filosofía del derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la ‘Teoría del derecho’ como sucedáneo”. En: *Persona y Derecho*, 31, I, 1994, p. 139.

⁴⁴ Atienza, M. *El sentido del Derecho*. 2ª edición, Barcelona, Ariel, 2003, p. 25.

y el lenguaje, la interpretación y aplicación del derecho, sin olvidar la sempiterna cuestión, que en cierta medida contiene conceptualmente todas las demás, de la diferenciación entre normas jurídicas, morales y sociales. En resumidas cuentas, se está hablando del problema del concepto del derecho pues, si acudimos a una definición de Bobbio, «por “derecho objetivo” o “derecho en sentido objetivo” se entiende una regla o un conjunto de reglas de conducta que se distingue de otras reglas o conjunto de reglas por determinadas características. Lo que comúnmente se designa como el problema del concepto del derecho, considerado como uno de los problemas capitales de la filosofía del derecho, consiste en hallar, determinar e ilustrar los elementos que caracterizan las reglas que se suelen llamar “jurídicas”, para distinguirlas de otros tipos de reglas»⁴⁵.

Para ello no es necesario partir del espíritu cientificista decimonónico que, enarbolando la bandera del rechazo de la metafísica, afirma no tratar de *justificar* sino tan sólo de *explicar y describir* el derecho. A estas alturas no es necesario incomodar a Kuhn o a la mecánica cuántica para dejar en evidencia la artificiosidad del dogma positivista. La teoría del derecho, en cuanto análisis de las estructuras propias de la dimensión jurídica, no deja de ser filosófica: como recordaba recientemente Alexy, «la pregunta “¿qué es el Derecho?” es, como nadie lo ha expresado mejor que Kant, una pregunta filosófica»⁴⁶. Por esta razón el modelo austiniiano que, como ya se ha señalado, distingue la ciencia de la legislación de la Jurisprudencia, no es válido, pues la Jurisprudencia —que en la terminología usada aquí sería el análisis estructural— no es descriptiva. A la pregunta “¿qué es derecho?” no se puede contestar satisfactoriamente desde el presupuesto de la neutralidad, ya que el derecho no es independiente del poder⁴⁷.

Con el auge del positivismo, según la conocida argumentación de González Vicén, la introducción del *nomen* “filosofía del derecho” en el siglo XIX no implicaría un simple cambio de definición con respecto a la terminología “derecho natural”. Se trataría de dos cosas distintas: la “filosofía del derecho” sería ni más ni menos que lo que reza el título, es decir, la reflexión sobre el derecho positivo, histórico, concreto, o sea, el único existente, y así se habría producido, con respecto a la tradición iusnaturalista,

⁴⁵ Bobbio, N. *Contributi ad un dizionario giuridico*. Turín, Giappichelli, 1994, p. 59.

⁴⁶ Alexy, R. En: Atienza, M. “Entrevista a Robert Alexy”, *cit.*, p. 27.

⁴⁷ «Organized social groups make law all the time, in combat with other organized social groups» (Kennedy, D. “The Role of Law in Economic Thought: Essays on the Fetishism of Commodities”. En: *The American University Law Review*, vol. 34, 1985, p. 997).

un corte radical que alumbraba una nueva disciplina⁴⁸. Como diría Windscheid, los juristas habrían por fin despertado del sueño del derecho natural⁴⁹.

Anteriormente, recordaba el Prefacio a la primera edición de *La teoría pura del derecho*; pues bien, lo escribe Kelsen pero bien podría haberlo escrito Weber, el paladín de la *Wertfreiheit*. En efecto, si seguimos la interpretación de Bobbio, resulta que para ninguna de las tesis kelsenianas es necesario incomodar a Kant; más bien, habría que ver de cerca el movimiento científico de la época. Nos percataríamos entonces de que en la misma Viena de Kelsen florecía el positivismo lógico y, en esos mismos años, aparecían los escritos fundamentales de Weber⁵⁰. Lo cierto es que esta reivindicación de neutralidad, objetividad y pureza, exenta de desviaciones especulativas ante las categorías jurídicas, no es ideológicamente aséptica, pues «cuando la Teoría general de Derecho, bien partiendo de una elucidación explícita de sus supuestos epistemológicos y metodológicos, bien prescindiendo de ella, se presenta como teoría de la estructura conceptual de todo Derecho posible, entonces estamos ante una verdadera Filosofía del Derecho, aunque se trate de una Filosofía del Derecho “sui generis” que no quiere reconocerse como tal. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la “Teoría pura del Derecho” de Kelsen que, pese a sus protestas, constituye una verdadera Filosofía del Derecho, una Filosofía del Derecho positivista»⁵¹.

Esta base filosófica, de todos modos, es exactamente la razón por la cual la teoría del derecho es materia iusfilosófica; por mucho que se quiera negarlo o desconocerlo, también la investigación del derecho desde una perspectiva no dogmática arranca, inevitablemente, de una precomprensión operante de lo jurídico. La diferencia, con respecto al talante del dogmático, es que el iusfilósofo tiende a poner bajo examen el interior de esa precomprensión.

La peculiaridad del filósofo del derecho tendría que ser, por tanto, la de problematizar la arquitectura del edificio jurídico, desde una perspectiva previa a la del dogmático. Por ejemplo, el civilista se apoya en el significado institucional del

⁴⁸ González Vicén, F. “La Filosofía del Derecho como concepto histórico”. En: *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 207-257. Para un análisis crítico de la tesis de González Vicén, *vid.* Rivaya, B. “La Filosofía del Derecho como concepto formal (Sobre la filosofía jurídica española de los años sesenta)”. En: *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 13, 1998, pp. 15-48.

⁴⁹ Windscheid, B. *Gesammelte Reden und Abhandlungen*. Ed. por O. Oertmann, Leipzig, Dunker & Humblot, 1904, p. 9.

⁵⁰ Bobbio, N. “Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen”. En: *Id.*, *Dalla struttura alla funzione*, *cit.*, pp. 192-195.

⁵¹ Delgado Pinto, J. “Los problemas de la filosofía del derecho en la actualidad”, *cit.*, pp. 33-34.

principio de autonomía privada al fin de determinar su alcance técnico en función de la aplicación del derecho, es decir, para explorar la eficacia prescriptiva de los actos de autonomía y los límites introducidos por el ordenamiento a su poder reglamentador. El filósofo del derecho no se saldría de sus competencias si se interesase por esta noción; antes al contrario, constituiría un saludable ejercicio de filosofía del derecho positivo. Sin embargo, la atención del filósofo del derecho va dirigida preferentemente a otro aspecto del principio que, partiendo de su encuadramiento sistemático dentro del ordenamiento, apunta también a su sentido metajurídico: la autonomía de la voluntad entendida no sólo como parte integrante del sistema jurídico sino también como expresión primaria de una opción moral, política y económica, que refleja una tradición filosófica de signo individualista y liberal⁵². No está de más, en este sentido, aprovecharse de la cristalización representada por el derecho vigente, que nos brinda la oportunidad de partir de un material concreto, para examinar el significado que las normas jurídicas asumen también en el plano de la configuración general de la sociedad en la que vivimos. Por ello, un tipo de análisis como el iusfilosófico contribuye a liberar el campo jurídico de su aislamiento y lo proyecta en el mundo real.

Ahora bien, si tanto las normas jurídicas como las morales o las sociales son patrones de conducta para los miembros de una comunidad, ¿es posible registrar algún rasgo específico de las primeras, referido al modo en que desenvuelven su función en la biografía de dicha comunidad? En este sentido, merece la pena reiterar la apuesta por un acercamiento a los problemas de la filosofía del derecho (en ambas vertientes, estructural y funcional) en el marco de una teoría social del derecho. Ante la creciente complejidad de los sistemas jurídicos, como dice García Amado, «la teoría jurídica ha de plantearse una explicación del derecho que atienda a su función efectiva en la sociedad y a los factores sociales que condicionan su realidad. Y una teoría de tal tipo sólo puede ser una parte dentro de una más amplia teoría de la sociedad»⁵³. Téngase en cuenta, además, que la misma posición del problema de las relaciones entre derecho y moral debería ser previamente contextualizada desde el punto de vista histórico-político para comprender, por ejemplo, su papel esencial en la estructuración de la sociedad moderna: como dice Vernengo, «pareciera que la distinción tajante entre derecho y moral, en cuanto conjuntos de enunciados prescriptivos, como normalmente se los entiende, tuvo históricamente una motivación política concreta –en Thomasiaus, a fines del siglo XVII, en Sajonia–, admitiendo por lo tanto una explicación histórica aceptable. Se trataba de crear, en un momento

⁵² Véanse, al respecto, las precisiones críticas de Díez-Picazo, L./Guillón, A. *Sistema de Derecho civil*, I. 9ª ed., Madrid, Tecnos, 1997, pp. 374-375.

⁵³ García Amado. «La Filosofía del Derecho y sus temas», *cit.*, p. 143.

en que el hombre europeo se hace cargo de su característica esencial de ser un ser consciente, una inteligencia activa, un ámbito de acciones exento de toda posibilidad de intromisión real. El fuero íntimo, exclusivo territorio de la moral privada, de la actividad subjetiva fundamental; el campo donde se producen las decisiones autónomas, debía ser protegido de toda intromisión externa y, en especial, de toda intervención de la autoridad del Estado. El sujeto moral requiere del reconocimiento de su independencia, de su autonomía plena frente a toda injerencia reguladora impuesta por alguna autoridad externa, fuera ella el brazo secular del Estado o el poder espiritual de alguna iglesia»⁵⁴. Con esta distinción histórica entre derecho y moral, por tanto, «lo que se pretende no es tanto desmoralizar el Derecho, sino deslegalizar la moral: se muestran los límites de la acción del Estado frente a la conciencia individual tras varios siglos de persecuciones religiosas amparadas en normas jurídicas»⁵⁵.

4. ANÁLISIS ESTRUCTURAL

Tradicionalmente, se ha hecho depender la peculiaridad de las normas jurídicas de criterios variamente enclavados en la estructura de la regla, su carácter, su contenido, su finalidad, la autoridad, el destinatario o la sanción⁵⁶. Debido a la variabilidad inicial del campo de experiencia al que el estudioso refiere el término “derecho”, para delimitar los criterios distintivos de las normas jurídicas mucho depende de con respecto a qué otro tipo de norma queremos diferenciarlo. Así, por ejemplo, se ha dicho que las normas jurídicas, en su más frecuente significado, constituyen un cuerpo intermedio de reglas de conducta, ubicado entre las reglas morales y las consuetudinarias: generalmente, se distinguirían de las primeras porque son menos vinculantes; respecto de las segundas, porque son más vinculantes⁵⁷. Pero ello también depende del baremo que se utilice a la hora de clasificar una norma como perteneciente a una u otra variedad tipológica: hace tiempo, en ciertas circunstancias, se consideraba obligatorio batirse en duelo aunque estuviese jurídicamente penalizado. Esta obligación era ciertamente una norma social desde la perspectiva

⁵⁴ Vernengo, R. J. “Moral y derecho: sus relaciones lógicas”. En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 28, 1988, p. 29.

⁵⁵ Lucas, J. de (coord.). *Introducción a la teoría de Derecho*. 3ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1997, p. 56.

⁵⁶ Una referencia obligada, desde el punto de vista de la clasificación de las normas, es el análisis de von Wright, G. H. *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid, Tecnos, 1970, quien, en general, considera las normas jurídicas un subtipo de las *prescripciones*, cuyos elementos definitorios serían la autoridad normativa, el sujeto normativo, la conducta prescrita, la promulgación y la sanción o amenaza (p. 27).

⁵⁷ Bobbio, N. *Contributi ad un dizionario giuridico, cit.*, p. 60.

de determinados grupos pero seguramente era considerada, al mismo tiempo, una obligación moral⁵⁸. Y la misma norma no puede ser, a la vez, más (como norma moral) y menos (como norma social) vinculante. Por tanto, la complicación comparativa aumenta con el hecho de que no sólo existen normas de distinto tipo sino que una misma norma puede pertenecer a más de un tipo. Como dice von Wright a propósito de las normas morales, su peculiaridad «no está en que formen un grupo autónomo por sí solas; está más bien en que tienen complicadas afinidades lógicas con los otros tipos principales de normas y con las nociones valorativas de bien y mal. Comprender la naturaleza de las normas morales no es por eso descubrir una única característica en ellas; es examinar sus complejas afinidades con cierto número de *otras cosas*»⁵⁹. Baste mencionar, a este respecto y como ejemplo prototípico, el “contenido mínimo del derecho natural” en la teoría de Hart: «hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable. Tales reglas constituyen de hecho un elemento común al derecho y a la moral convencional de todas las sociedades que han alcanzado el punto en que uno y otra se distinguen como formas diferentes de control social»⁶⁰. De hecho, esta conexión ineludible constituye uno de los ejes de referencia del análisis funcional. Siguiendo un esquema de Bobbio y recordando algunos modelos paradigmáticos, por ejemplo, en lo que se refiere a la estructura de la regla –en el sentido de buscar el carácter distintivo del derecho en una particularidad específica de los preceptos jurídicos– una distinción clásica es la kantiana, que separa el derecho de la moral sobre la base de una diferencia estructural entre los imperativos *categoricos* –que mandan una acción porque es buena en sí (conforme al esquema “debes hacer *a*”)– típicos de la normatividad moral, y los imperativos *hipotéticos* –que subordinan al cumplimiento de una acción el logro del fin deseado (según la fórmula “si quieres *b*, debes hacer *a*”)⁶¹. Muy utilizada ha sido también la otra distinción

⁵⁸ Moreso, J. J., Vilajosana, J. M. *Introducción a la teoría del derecho*, cit., p. 23.

⁵⁹ Von Wright, G. H. *Norma y acción. Una investigación lógica*, cit., p. 32.

⁶⁰ Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*, cit., p. 238.

⁶¹ La teoría de la forma lógica de las normas jurídicas ha experimentado una evolución posterior en al menos tres versiones: la primera, entre el siglo XIX y el XX, vinculada a la *Allgemeine Rechtslehre*, configura las normas jurídicas como juicios hipotéticos (si *a*, entonces *b*) sobre la base de una analogía con las leyes científicas; la segunda, elaborada por Kelsen, critica la analogía con las leyes científicas y postula las normas jurídicas como juicios hipotéticos directivos y no cognoscitivos (si *a*, debe ser *b*); y la tercera, formulada por Alchourrón y Bulygin, que, definiendo el concepto de “norma” como un enunciado condicional que atribuye a un caso una solución normativa determinada, adjudica a las normas jurídicas la forma lógica “si se da el caso *a*, entonces es obligatoria (prohibida, permitida, facultativa) la solución *b*”: por ejemplo, si la adquisición del inmueble es realizada con mala fe, el comprador está obligado a restituir el inmueble al propietario (Alchourrón, C., Bulygin, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 37). Sobre estas versiones véase Barberis, M. *Filosofía del diritto. Un'introduzione teorica*, cit., pp. 115-119.

kantiana entre imperativos *autónomos* e imperativos *heterónomos*: en los primeros se obedece a una ley interior porque la característica de la moral es la autonomía, mientras que la característica de los segundos, pertenecientes al campo del derecho, es la obediencia a una ley que proviene de una autoridad externa⁶².

Por otra parte, si nos fijamos en el fin de las normas jurídicas observamos una variedad de respuestas que recorren la historia del pensamiento jurídico, como la de la tradición aristotélico-tomista, según la cual el derecho persigue el bien común⁶³ o, si atendemos a la doctrina liberal de Locke, la conservación de la propiedad⁶⁴; en cambio, desde la perspectiva marxista, el derecho es considerado una superestructura cuyo objetivo es el mantenimiento del entramado burgués⁶⁵. O, también, puede recordarse la clásica obra de Ihering, titulada precisamente *El fin del derecho*, donde la noción de garantía de las condiciones vitales de la sociedad, basada en el poder coercitivo del Estado, erige el orden como fin del derecho⁶⁶.

Si atendemos al criterio de la autoridad normativa, esto es, al sujeto que pone la norma, no puede pasarse por alto la teoría de Austin, para la cual la juridicidad es un carácter directamente derivado de la soberanía, de modo tal que es derecho (positivo) el que es impuesto por una persona o un cuerpo soberano, mientras que las normas morales y las sociales no presentan este rasgo: es «Derecho positivo, o Derecho estrictamente así llamado, el Derecho establecido o *positum* en una comunidad política independiente por la voluntad expresa o tácita de su soberano o gobierno supremo»⁶⁷.

Muy importante ha sido el cambio de perspectiva impulsado por Kelsen, al añadir a los tradicionales criterios de distinción entre derecho y moral, y conforme al modelo de construcción escalonada del sistema (*Stufenbau*) hasta la norma fundamental (*Grundnorm*), el que establece como unidad de análisis estructural no la “norma” sino el “ordenamiento” entendido como conjunto de normas. Así, Kelsen distingue dos tipos de sistemas normativos: los estáticos y los dinámicos. En un sistema estático las normas «valen –es decir, la conducta humana determinada por ellas es vista como debida– por su contenido; en tanto su contenido puede ser referido a una norma bajo cuyo contenido el contenido de las normas que constituyen el

⁶² Kant, I. *Introducción a la teoría del derecho*, cit., pp. 54-55.

⁶³ Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, tomo III, Madrid, 1959, p. 90, Biblioteca de autores cristianos.

⁶⁴ Locke, J. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid, Alianza, 1990, cap. 9, p. 131.

⁶⁵ Marx, K. Prólogo a “La contribución a la crítica de la economía política”. En: Marx, K./Engels, F. *Obras escogidas*, cit., p. 372.

⁶⁶ Ihering, R. Von. *El fin en el Derecho*. Granada, Comares, 2000, p. 304.

⁶⁷ Austin, J. *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, cit., p. 23.

orden admite ser subsumido como lo particular bajo lo universal»⁶⁸. Las normas morales, según Kelsen, pertenecen a este tipo de sistema normativo. Las normas jurídicas, en cambio, forman parte de un sistema dinámico porque su validez no depende de un contenido determinado sino de una norma fundamental básica que estatuye la manera de implantar normas, es decir, «no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta»⁶⁹. Un paso ulterior, y decisivo en la teoría del derecho del siglo XX, en la búsqueda de un criterio distintivo del “sistema jurídico” frente a otros sistemas normativos es el dado por Hart con su “regla de reconocimiento” que, en vez de ser una norma suprema presupuesta como la *Grundnorm* kelseniana, es una práctica social a través de la cual las normas del sistema son identificadas como pertenecientes al ordenamiento jurídico⁷⁰.

Plantear la diferencia entre normas jurídicas y normas no jurídicas desde el punto de vista de la sanción significa preguntarse si existe una forma de reacción a la violación de la norma jurídica que sea típica del derecho. Así, por ejemplo, la tesis de Kelsen y Ross es que todas las normas jurídicas regulan el uso de la fuerza por parte del Estado y se distinguirían de otros tipos de normas precisamente por ser coactivas, es decir, aplicables, en último término, recurriendo al uso de la fuerza estatal. La discusión en torno al carácter de la sanción como elemento distintivo del derecho ha tenido una importancia determinante con respecto al tema que se está tratando. De hecho, «en general, suele admitirse que la diferencia más clara existente entre los diversos tipos de normas [...] estriba en que solamente unas de ellas (las jurídicas) establecen una sanción de carácter *externo* que puede consistir, en último término, en la aplicación de la fuerza física (de la coacción), y en que esa sanción está *institucionalizada* (existen ciertos órganos estatales –los jueces y otros órganos administrativos, la policía, etcétera– encargados de aplicarlas)»⁷¹, aunque es cierto que esta insistencia en la sanción pertenece a la vieja y superada concepción imperativista del derecho: a este respecto, baste pensar en el derecho promocional para percatarse de que el derecho también premia. Y no se puede olvidar que insistir en el carácter institucionalizado de la sanción significa extraer la imagen del derecho del ámbito penal. Como se ve, por tanto, a la hora de definir los

⁶⁸ Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 203.

⁶⁹ Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 205.

⁷⁰ Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*, cit., pp. 125 ss.

⁷¹ Atienza, M. *El sentido del derecho*, cit., pp. 67-68.

caracteres diferenciales de las normas jurídicas nos encontramos con una variedad de criterios que no necesariamente se excluyen entre ellos, es más, a menudo se integran y se mezclan en una misma definición⁷². Mucho depende, obviamente, de la perspectiva o las intenciones polémicas que el teórico privilegia. Si la asumida aquí es, como queda apuntado en las páginas iniciales, la perspectiva de la teoría social, conviene emplear unas pocas líneas más para esbozar un posible criterio de distinción de las normas jurídicas haciendo hincapié en su carácter de práctica normativa que opera concretamente en un determinado ámbito institucional.

Creo que un posible modo de identificar la peculiaridad normativa de las normas jurídicas pasa por centrarse en sus aspectos operativos, es decir, los que se ponen en marcha cuando el derecho deja de existir en un nivel lingüístico y comienza a producir efectos materiales en la esfera vital de sus destinatarios⁷³. Esto ocurre, generalmente, cuando se desencadenan consecuencias concretas que hacen que la realidad social se desvíe de lo jurídicamente previsto y establecido. De ahí que también desde este punto de vista el modelo de la sanción sirva para indicar ciertos rasgos estructurales propios del campo jurídico. Si yo me dirijo cada mañana a mi vecino saludándole mediante el acto de quitarme el sombrero, realizo un acto que no involucra aspectos jurídicos sino convencionales, sociales (como mucho, morales). En cambio, cuando, tras haberme cruzado con el vecino, cojo un autobús para ir al trabajo, sí ejecuto una acción jurídicamente relevante, aunque los aspectos jurídicos se manifiesten sólo potencialmente en el momento en que se realiza una pauta de acción que desencadena una disconformidad con la norma jurídica que contribuye a respaldar el curso de acción social normalmente previsto. Esta diversidad cualitativa entre los dos actos es fundamental para no caer en la confusión entre derecho y sociedad, a saber, para dejar claro que el jurídico es un aspecto de la sociedad que adquiere operativamente una especificidad propia y que, por tanto, no se diluye totalmente en ella pese a que los sujetos envueltos no reparan demasiado en ello en sus rutinas diarias.

72

Véase la definición que del derecho da Gény y que Bobbio menciona como ejemplo: «El derecho se presenta como un conjunto de reglas al que está sometida la conducta externa del hombre en las relaciones con sus semejantes, y que, bajo la inspiración de la idea natural de justicia, en un momento dado de la conciencia colectiva de la humanidad, mostrándose ésta susceptible de una sanción social, y tal vez coercitiva, están o tienden a estar provistas de tal sanción, y a partir de este momento son puestas en la forma de mandatos categóricos dominantes sobre las voluntades particulares para asegurar el orden en la sociedad» (Gény, F. *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution a la critique de la methode juridique*. París, Sirey, I, 1922-24, p. 51). Cfr. Bobbio, N. *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., p. 77.

73

Sobre esto retomo los argumentos ya presentes en Campione, R. *La teoría social de A. Giddens. Una lectura crítica desde la teoría jurídica*. Madrid, Dykinson, 2005, cap. IV.

En este sentido, la diferencia respecto a otros ámbitos de normatividad social dependería de la presencia, en el derecho, de dispositivos sancionadores pre-formalizados (quien no compre el billete del autobús tendrá que pagar una multa) y que prescinden, en principio, de los contextos de interacción (si me encuentro con mi vecino y él ve que no tengo brazos considerará normal que no me quite el sombrero para saludarle y no me aplicará la sanción de no volver a dirigirme la palabra; si soy víctima de un robo en el que me quitan todo el dinero que llevo y acto seguido cojo un autobús, no me valdrá de nada, al fin de evitar la multa en el caso de que suba el revisor, alegar que he sido víctima de un atraco). De esta manera podría concebirse, en términos generales, un aspecto esencial de la diferencia entre normatividad jurídica y otros tipos de normatividad como, por ejemplo, la moral: la presencia, en el primer caso, de mecanismos de formalización de las pautas normativas que, mediante un sistema de presunciones, desligan la aplicación general de estas pautas de las circunstancias concretas de los contextos de interacción. Esto es lo que significa el carácter “contrafáctico” del derecho, en un sentido en cierto modo cercano al concepto de “racionalidad conectiva” (*Anschlußrationalität*) empleado por Luhmann: «el derecho amplía las premisas de la racionalidad conectiva, ya que las expande de lo ocurrido a lo pretendido mediante la técnica de la estabilización contrafáctica de expectativas. Así, el derecho permite actuar racionalmente —en términos conectivos— aunque las conexiones no se hayan dado todavía»⁷⁴.

En la teoría social se ha venido desarrollando un concepto que sirve para aclarar un poco más esta idea y que explica el funcionamiento de las instituciones modernas a través de la noción de *disembedding* (desanclaje): Giddens, por ejemplo, define el desanclaje como «el “despegar” las relaciones sociales de sus contextos locales de interacción y reestructurarlas en indefinidos intervalos espacio-temporales»⁷⁵. Un ejemplo de *disembedding* asociado a la modernidad sería el dinero, en el sentido de que la economía monetaria descansa sobre la noción de “fiabilidad”, una forma de “fe” que consiste en la confianza puesta en resultados probables, pero que «no depende de una plena iniciación en esos procesos, ni del dominio del conocimiento que ellos producen», aunque existe en los actores profanos un cierto nivel de “conocimiento inductivo débil” soportado por «la experiencia comprobada de que tales sistemas generalmente funcionan como deben funcionar»⁷⁶. Si esto es así, la

⁷⁴ Luhmann, N., “Soziologie der Moral”. En: Luhmann, N., Pförtner, S. H. *Theorietechnik und Moral*. Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1978, pp. 67-68. Para una exposición más elaborada del “derecho como generalización congruente” vid. Luhmann. *Sociologia del diritto*. Roma, Laterza, 1977, pp. 113-128.

⁷⁵ Giddens, A. *Consecuencias de la modernidad*. Madrid, Alianza, 1993, p. 32.

⁷⁶ Giddens, A. *Consecuencias de la modernidad, cit.*, p. 38.

pregunta surge espontánea: ¿Hay que saber cómo funciona el sistema monetario, el negocio crediticio y el mercado de divisas para manejar el dinero y para que éste posibilite cursos de acción que, en su ausencia, serían imposibles? Evidentemente no. De igual manera, el derecho, para poner en marcha sus mecanismos operativos, no necesita anclarse en las circunstancias concretas de los contextos de interacción que potencialmente podrían dar origen a consecuencias jurídicamente relevantes.

En el campo del derecho, la condición de existencia de los tipos normativos depende de la fuente primaria de producción de reglas generales y abstractas, esto es, la autoridad legal constituida. En este sentido, como ya puso en evidencia Weber, la regulación jurídica crece con la ‘complejización’ de la sociedad, y con ello crece la relevancia operativa de las ficciones y presunciones jurídicas que suplen el progresivo e inevitable desconocimiento de las normas por parte de los legos (y no sólo de los legos)⁷⁷. Y esto no ocurre del mismo modo en el campo moral o social. Para volver al ejemplo anterior, un sujeto no “mienta” un derecho al subir al autobús. Se trata, más bien, de una conducta rutinaria, de la que se le escapa hasta su carácter de transacción económica. Del mismo modo que sólo se percibe de su carácter económico si al echar mano al monedero ve que no tiene dinero para pagar, sólo se percibe de su possibilitación jurídica si, por ejemplo, el conductor le impide subir al autobús de manera que se ve vulnerado en un derecho propio –a utilizar el transporte público bajo ciertas condiciones regladas jurídicamente– o, por poner otro ejemplo, si el vendedor de pan le pide un precio superior al que acaba de cobrarle a otro cliente delante de él. Lo que confiere realidad operativa al derecho (considerado desde el punto de vista de sus destinatarios, es decir, los que constituyen su campo de existencia y su ámbito de aplicación) es su aspecto regulativo (estructural), ya que la parte contextual –el anclaje entre las circunstancias de la interacción concreta y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan– es presupuesta por el propio sistema jurídico, al menos desde el punto de vista de los principios generales. Me parece que el *modus operandi* de las normas morales, o de las reglas del trato social, mantiene siempre un determinado grado de acoplamiento a la singular dinámica del contexto en el que se encuentran los

77

Weber puso en evidencia «el *desconocimiento* creciente, por parte de los legos, de un derecho cuyo contenido de orden técnico es cada vez mayor, es decir, la especialización del mismo y la creciente consideración del derecho vigente como un aparato racional desprovisto de toda santidad y, por tanto, modificable en cualquier momento de acuerdo con fines racionales. Este destino puede ser ocultado por la creciente sumisión, determinada por consideraciones generales, al derecho en vigor, mas no puede en realidad ser eludido» (Weber, M. *Economía y sociedad*. 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 660). Aunque puede tratarse, en ocasiones, de una cuestión no meramente funcional: basta con recordar el caso de Calígula, que escribió sus leyes con caracteres muy pequeños para impedir que el pueblo las leyera.

sujetos actuantes. Las normas jurídicas en las sociedades modernas y complejas, en cambio, se caracterizan porque empiezan a causar efectos sin necesidad de puntualizar individualmente las circunstancias de cada situación interactiva. El comienzo de la “balada de la justicia” siempre es conocido antes de que empiece la música. Esto es posible porque en el ordenamiento jurídico existe una cláusula general, que es al mismo tiempo una ficción funcional, mediante la cual lo presupuesto se convierte en real y tangible: la presunción de conocimiento de la ley. Este requisito constituye uno de los principios operativos del derecho, mientras que la eventual demostración de que en ocasiones el desconocimiento de la ley por parte del sujeto sea lícito puede constituir, a lo más, una excusante. En este sentido, la posibilidad de alegar la “ignorancia invencible” para escapar de la aplicación de la ley penal, no pone absolutamente en entredicho el principio general de que la «conciencia positiva de violar la ley sigue estando fuera de los presupuestos mínimos constitucionalmente exigidos para la imputación subjetiva»⁷⁸, algo difícilmente extensible, por ejemplo, a la normatividad moral. Blackstone sostenía que el principio de la imposibilidad de alegar la *ignorantia iuris* se debía a que en el Parlamento estaban presentes todos los ciudadanos, a través de sus representantes y por tanto, si todos estaban, todos conocían la norma⁷⁹. Sin embargo, esta ficción constitucional choca con una práctica muy distinta porque, como señala con razón Martínez García, «el pueblo se da leyes a sí mismo, en un pretendido ejercicio de autonomía, pero cada vez más son leyes que ni siquiera conoce, lo que no es obstáculo para que su ignorancia (como su posible disentimiento) no le exima de su cumplimiento»⁸⁰. Esto significa que para satisfacer el valor de la certeza objetiva del derecho se sacrifica la averiguación material del dominio cognitivo y normativo de los participantes en la interacción: «al servicio de ésta [la certeza] se encuentra el conocimiento del Derecho tanto por parte de los ciudadanos en general, como por parte de los órganos jurisdiccionales. La certeza subjetiva de los primeros requiere poder conocer con antelación cuáles son las consecuencias jurídicas de un concreto comportamiento y poder prever la eventual decisión jurisdiccional sobre el mismo, para lo cual es preciso que preexista a ésta una norma jurídica que lo contemple y que sea aplicada

⁷⁸ Pulitanò, D. “Ignoranza della legge (diritto penale)” En: *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*. I, 1997, p. 616. Para un análisis que destaca la relevancia asumida por el principio de la *ignorantia iuris*, respecto al significado general del derecho, y tendiente a subrayar su naturaleza política, cfr. Cattaneo, M. A. “La ratio delle norme giuridiche penali: il carattere sanzionatorio del diritto penale e il problema della «*ignorantia iuris*»” En: AA. VV. *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Menconi*, III. Milán Giuffrè, 1995, pp. 1755-1771.

⁷⁹ Blackstone, W. *Commentaries on the laws of England*, 2ª ed., I, Oxford, p. 185.

⁸⁰ Martínez García, J. I. *La imaginación jurídica*. Madrid, Debate, 1992, p. 158.

por el órgano judicial. La certeza objetiva lleva a que éste la aplique incluso a los destinatarios que la ignoren»⁸¹.

Si se consideran dos preguntas distintas, “¿a quién se aplica la norma?” y “¿a quién se ha hecho conocer la norma?”, se puede notar que el principio de presunción de conocimiento se comporta como un marcapasos que salta la segunda pregunta –y con ello la necesidad de estructurar una respuesta articulada– para así poder contestar satisfactoriamente a la primera cuestión. Así lo explica Hart: «puede ciertamente ser deseable que las normas jurídicas sean puestas en conocimiento de aquellos a quienes se aplican, inmediatamente después de ser dictadas. El propósito del legislador al crear normas se frustraría si no se procediera así en la generalidad de los casos, y los sistemas jurídicos disponen comúnmente, mediante reglas especiales sobre promulgación, que tal cosa se lleve a cabo. Pero las normas jurídicas pueden ser completas en cuanto tales antes de ser publicadas y aunque no se las publique. En ausencia de reglas especiales en contrario, *las normas jurídicas son válidamente creadas aún cuando las personas afectadas por las mismas tengan que averiguar por su cuenta qué normas han sido dictadas y quiénes son los afectados por ellas*»⁸².

Finalmente la cuestión, ya que me acabo de referir a Hart, no interesa sólo desde el punto de vista del “conocimiento” de las normas jurídicas; también es relevante para su “reconocimiento”. El papel presuntivo del entramado de ficciones no funciona sólo como criterio de validez operativa de las normas jurídicas. También sirve, fuera y más allá del formalismo normativo interno al sistema jurídico (‘puro’, al estilo kelseniano), para “legitimar” la armonía de la organización social a través del consenso. «Lo que denominamos sistema jurídico», en palabras de Ruiz Miguel, «presupone un cierto y mínimo grado de legitimación –que, no se olvide, es legitimidad desde el punto de vista interno de quienes lo sustentan–⁸³ que ello comporta una básica pretensión de justicia conceptualmente necesaria».

Pero esto, obviamente, no puede simplificar ulteriormente la distinción entre el derecho y otros campos normativos y nos devuelve a la implicación recíproca entre lo jurídico y lo “social” (moral, político, ideológico, etc.). Así, como antes de girar

⁸¹ Ezquiaga Ganuzas, F. J. “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del derecho. Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 21. En el mismo sentido, Gullón: “las leyes han de ser cumplidas por sus destinatarios aunque las ignoren, es decir, si no observan la conducta prescrita en ellas se desencadenarán las consecuencias jurídicas previstas sin que para evitarlo puedan alegar su desconocimiento” (Gullón, A. “Comentario al artículo 6”. En: AA. VV. *Comentario del Código Civil*, I. Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 33).

⁸² Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*, cit., p. 28 (cursiva mía).

⁸³ Ruiz Miguel, A. “Derecho y punto de vista moral”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, p. 582.

la cucharilla es fácil distinguir el café del azúcar, una vez que se hurga en el líquido para conocerlo más de cerca sucede que el terrón se disuelve y los dos elementos se vuelven indistinguibles. Fuera de metáforas, la hipóstasis –aislar el derecho de su entorno– puede servir para evidenciar ciertos atributos de autonomía que se pueden adscribir al derecho y que conviene tener en cuenta a la hora de dibujar la silueta de lo jurídico. Sin embargo, llegados a este punto, se hace necesario dar un paso sucesivo: el que permite entrar en el análisis funcional e indagar las interrelaciones entre el derecho y lo que, aún sin serlo, influye en el derecho.

5. ANÁLISIS FUNCIONAL

A partir de este punto, la reflexión sobre los caracteres distintivos del derecho como sistema operativo empiezan a desbordar las fronteras del análisis estructural, es decir, de la perspectiva interna, y nos conduce al análisis funcional, esto es, al terreno de la filosofía socio-jurídica. Si el primero se ocupa del ser jurídico del derecho, el segundo se interesa por su ser social. Ahora, «la materia objeto de análisis es la sociedad misma, el conjunto de las relaciones sociales en las que el derecho se incardina como un factor más, determinándolas y determinado por ellas. Son los mecanismos del funcionamiento social el objeto primero de análisis, tomando el derecho como uno más de ellos»⁸⁴. Como decía al comienzo, la expresión “análisis funcional” puede inducir a pensar que el protagonismo, en este apartado, esté reservado al tema de las funciones del derecho. Sin embargo, aquí quisiera utilizar la expresión para referirme, más en general, al carácter esencialmente contextual del derecho y a los inevitables vínculos que le encadenan con otros órdenes sociales. Aun siendo consciente de la impropiedad con la que utilizo la noción, la seguiré empleando porque me parece la que mejor explica lo que se pretende con esta actividad: contrastar la razón de ser de ese instrumento social que es el derecho. Se trataría, en síntesis, de analizar no sólo las funciones atribuibles al derecho en el seno del sistema social, sino también las repercusiones de otros ámbitos sociales en el seno del derecho⁸⁵. Parafraseando a König, si la primera parte se ha referido al

⁸⁴ García Amado, J. A. “La Filosofía del Derecho y sus temas”, *cit.*, p. 144.

⁸⁵ Habría que recordar, además, que en alusión a esta noción –como indican Arnaud y Fariñas– «no existe un concepto único y unánimemente aceptado de “función”, sino que éste depende de la concepción epistemológico-social que se adopte como punto de partida. El concepto de “función” se puede definir desde una perspectiva epistemológica “objetivista”, o desde una perspectiva “subjetivista» (Arnaud, J. A., Fariñas Dulce, M. J. *Sistema jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. Madrid, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, 1996, p. 126). La perspectiva objetivista sería la ligada a las concepciones funcionalistas y que

modo en que las normas jurídicas se distinguen de las de otros sistemas que regulan la conducta social, la segunda parte, ahora, tendrá que consistir en la aclaración de si entre distintos sistemas normativos existen relaciones regularmente determinadas⁸⁶. Así pues, si bien desde el punto de vista funcional «no interesa del sistema jurídico su articulación interna o su modo de estructurarse, sino sus efectos hacia el exterior», no interesa menos «la dinámica recíproca de causas y efectos entre el sistema jurídico y el resto de la realidad social»⁸⁷. Comprender la posibilidad y el alcance de una diferenciación entre, por ejemplo, normas jurídicas y normas morales significa tener una clave de acceso a aquella silueta de lo jurídico que representa el primer estadio de reflexión global sobre el derecho. Ahora se trata de ver de qué manera cabe hacer algo parecido en relación con la conexión entre ambas normatividades.

Creo que el tema que mejor simboliza tal tipo de reflexión filosófico-jurídica es el de la obediencia al derecho: «la conexión entre Derecho y moral se vincula directamente con el problema de la obediencia al Derecho»⁸⁸. La elección del asunto, además, no deriva sólo de su condición de tema príncipe de la filosofía jurídica y política —¿hay algo más significativo, en la evolución de esta disciplina, que la pregunta sobre por qué obedecemos al derecho?— sino que también representa la continuación más coherente de la reflexión anterior (sobre los caracteres distintivos de las normas jurídicas) que, conscientemente, he detenido al toparme con conceptos como el de “reconocimiento”, “legitimación” y “consenso”. Estas nociones, como es natural, involucran una preocupación por aspectos relativos a la misma razón social del derecho, pues el del fundamento de la obediencia es un problema tan antiguo como el mismo mundo civil y podríamos decir, con Berlin, que constituye el asunto básico de la filosofía política tradicional⁸⁹.

Obviamente, no voy a dar cuenta aquí de una cuestión que en cierto sentido representa la matriz de la filosofía del derecho y sobre la cual existe una bibliografía

parte del paradigma biológico-organicista del sistema social. La subjetivista haría depender las funciones de los elementos del sistema de los objetivos de los individuos que interactúan en él, como es el caso de la definición de “función” proporcionada por Ferrari: «la tarea o el conjunto de tareas, no incompatibles entre sí, que son atribuibles con carácter primario a aquel elemento por el sujeto que actúa mediante ellos en el sistema» (Ferrari, V. *Las funciones del derecho*, cit., p. 53).

⁸⁶ König, R. “Il diritto e i sistemi normativi sociali”. En: Giasanti, A., Pocar, V. (eds.) *La teoria funzionale del diritto*. 2ª ed., Milán, Edizioni Unicopli, 1983, p. 27.

⁸⁷ García Amado, J. A. “La Filosofía del Derecho y sus temas”, cit., p. 146.

⁸⁸ Peces-Barba, G. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 157.

⁸⁹ Berlin I. “Does Political Theory Still Exist?”. En: Laslett, P., Runciman, W. G. (eds.). *Philosophy, Politics and Society*. Oxford, Blackwell, 1962.

inabarcable⁹⁰; sin embargo, quisiera dejar apuntada su presentación porque representa la más indicativa toma de contacto con una disciplina que encara el estudio del derecho desde una perspectiva no dogmática. Para ello, como ocurre a menudo, nada hay mejor que los clásicos: *Critón* y *Antígona* encarnan la mejor iniciación a la reflexión iusfilosófica, precisamente porque su lectura invita a razonar sobre las bases y los criterios de la obediencia a las leyes⁹¹. Esto es lo que las convierte en figuras arquetípicas. De ahí surge la pregunta, tan antigua como el derecho mismo, de si se puede *superar* la obligación de obedecer a las leyes del Estado en virtud de algún otro tipo de obligación. La inclusión de una meditación de esta índole en lo que he llamado “análisis funcional” del derecho se justifica porque para poder realizarla hay que romper la corteza de lo jurídico y plantearse de qué manera interactúa con otros órdenes normativos como el moral y el político. Y, además, cumple con la función de la filosofía del derecho que es, como indica L. Prieto, la de «contribuir a formar un jurista capaz de abrir su mente más allá de la normatividad empírica, atento a los intereses y valores sociales implicados en el Derecho, en definitiva, conscientes del sentido último de la técnica que domina»⁹².

⁹⁰ Hasta el punto de que señalar tan sólo todos los trabajos publicados en España entre finales de los setenta –cuando sale el famoso artículo de González Vicén que desencadena un nutrido debate entre los iusfilósofos españoles (González Vicén, F. “La obediencia al Derecho”. En: *Estudios de Filosofía del Derecho, cit.*)– y comienzos de los noventa, es una tarea ardua. Véase, a título de muestra y sin mencionar réplicas y contrarréplicas, Atienza, M. “La filosofía del Derecho de Felipe González Vicén”. En: Bulygin, E. *et al. El lenguaje del Derecho. Homenaje a G. R. Carrió*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, pp. 43-70; Díaz, E. *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Madrid, Editorial Debate, 1984, pp. 75-95; Muguerza, J. “La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (una intrusión en un debate)”. En: *Sistema*, No. 70, 1986, pp. 27-40; Fernández, E. *La obediencia al Derecho*. Madrid, Civitas, 1987; Malem Seña, J. *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Barcelona, Ariel, 1988; Guisán, E. “Razones morales para obedecer al Derecho”. En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 28, 1988; Cortina, A. “La calidad moral del principio ético de universalización”. En: *Sistema*, 77, 1987, pp. 111-120; Gascón, M. *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990; Páramo, J. R. De. “Obediencia al Derecho: revisión de una polémica”. En: *Isegoría*, 2, 1990, pp. 153-161; Pérez Luño, A. E. “¿Qué moral? Sobre la justificación moral de la obediencia al Derecho”. En: *Sistema*, 102, 1991, pp. 83-97; García Amado, J. A. “A vueltas con la desobediencia. Notas sobre la tesis de González Vicén y sobre algunas críticas”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, 10, 1993, pp. 349-373. Una síntesis de las teorías sobre las razones de la obediencia al derecho puede verse en Malem Seña, J. F. “La obediencia al derecho”. En: Garzón Valdés, E./Laporta, F. J. (eds.) *El derecho y la justicia*. 2ª ed., Madrid, Trotta, 2000, pp. 521-536.

⁹¹ De esta actitud soy íntegramente deudor a mi propia experiencia como estudiante de filosofía del derecho, pues la he heredado de D. Corradini, cuyas enseñanzas, acerca de este tema, me limito a “reproducir”; sin poder citarlas expresamente, pues hasta tal punto pertenecen a mi propia formación básica que no sabría como hacerlo.

⁹² Prieto, L. “Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987, p. 596.

En el *Critón*, Sócrates sabe que no ha cometido ningún delito y de hecho no se siente culpable. Si acepta la condena a muerte, pese a los reiterados intentos de su amigo Critón para que huya de la cárcel, es porque en Sócrates la obligación jurídico-política prevalece sobre la ética⁹³. Critón, un personaje que parece secundario y sin embargo no lo es, es portador de la relación ética: quiere a su maestro y en virtud de este amor corrompe a los guardias para entrar en la cárcel, es decir, *infringe* una ley de la polis. En Critón la relación ética prevalece sobre la relación jurídico-política. Y ¿qué hace Critón como portador de la relación ética? Usa, como argumentos para convencer a Sócrates, para que huya de la cárcel, la relación ética de éste con sus hijos, es decir, le recuerda los afectos familiares. Sócrates, como garantía de que su elección de acatar la condena es justa, invoca las leyes que, dice, lo han educado al amor de lo bueno. De hecho, la forma que usa Sócrates para convencer a Critón es: "... y si vinieran las leyes...", esto es, hace hablar las leyes. Al final, Sócrates le pregunta "¿Tienes algo que añadir?" Y Critón contesta "no tengo nada que añadir"⁹⁴: simboliza, en este caso, el silencio de la ética frente a la palabra de la ley.

En la tragedia de Sófocles, el rey Creonte había prohibido la sepultura de Polínice, hermano de Antígona, conforme a la ley que vetaba conceder honores funerarios a los traidores de la patria. Antígona se rebela ante la ley de Creonte en nombre de la relación ética que la une al hermano, un hermano muerto. Estamos ante un amor desinteresado, el más desinteresado, porque no puede ser correspondido. Antígona infringe la ley de Creonte porque la relación ética que la une a su hermano la lleva a considerar como mísera la relación jurídico-política. No es casualidad que en la versión griega Antígona nunca se dirige a Creonte llamándolo *Basileus*, que es el título político del soberano. Lo llama *Strategos*, que es título militar, es decir, Antígona no reconoce la legalidad ni la legitimidad del poder que tiene Creonte. En este sentido, podríamos decir que supera tanto la relación jurídica como la política. Una prueba de ello la tenemos en el diálogo entre Creonte y Antígona después de que ésta haya sido capturada por los guardianes: "aun sabiendo que tu conducta estaba prohibida ¿te atreviste a transgredir la ley?", pregunta Creonte;

⁹³ Como indica Ruiz Miguel, los argumentos de Sócrates «desarrollan los tres motivos fundamentales por los que siempre se ha defendido que el Derecho –hoy en día especialmente el Derecho democráticamente aprobado– ha de ser obedecido aun por quien discrepa moralmente de él: el interés general, los beneficios recibidos y el consentimiento» (Ruiz Miguel, A. *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Madrid, Trotta, 2002, p. 23).

⁹⁴ Bien es cierto que Sócrates no obedece a las leyes de la ciudad sólo por respeto al principio de legalidad y que detrás de su elección hay una serie de razones éticas que ya aparecen con claridad durante el proceso que termina con su condena, pero desde un punto de vista didáctico y explicativo simboliza perfectamente la mayor fuerza normativa de la obligación jurídica y política respecto a la obligación ética.

“yo no creía que tus prohibiciones fuesen superiores a las leyes no escritas” (es decir, las leyes conformes a la ética), contesta Antígona. Estamos otra vez ante un conflicto entre obligación jurídica y obligación ética que, en este caso, Antígona resuelve infringiendo la obligación jurídica.

La oposición entre las dos actitudes refleja, aunque de manera simplificada, una de las cuestiones, no sólo teóricas, con la que la filosofía del derecho siempre va a tener que lidiar, debido a la imposibilidad de separar tajantemente los dos planos. De hecho, como es obvio, la relación entre obligación ético-moral y obligación jurídico-política no siempre es de oposición; antes bien, suelen coincidir, pues el anclaje de las normas jurídicas con las morales es una de las características esenciales del derecho (y una de las razones por las que para distinguirlas, conviene fijarse en su autonomía operativa más que en su autonomía genética). De hecho, siguiendo con los ejemplos literarios, éste es el caso de Margarita, la amada de Fausto en la obra de Goethe. Fausto y Margarita tienen un bebé, fruto de sus encuentros furtivos. Tras vagabundear por la campiña Margarita ahoga el bebé en un pantano, es condenada a muerte y se siente aplastada por el peso de una culpa que la ética considera tal. Fausto, con la ayuda de Mefistófeles, consigue entrar en la cárcel e invita a Margarita a que huya de la prisión, es decir, la invita a *infringir* la ley. Para Fausto la huida de la cárcel es una cuestión de poder (“*du kannst*”, “tú puedes”, le dice), en el sentido de que Margarita puede huir porque la puerta está abierta. Para Margarita, en cambio, se trata de una cuestión de ética. El diálogo es significativo: cuando Fausto dice “puedes, tan sólo has de querer. La puerta está abierta”, Margarita no contesta “no puedo irme”, sino “no debo irme” (“*Ich darf nicht*”) y, después, “¿De qué sirve huir? (...) y además con remordimientos”⁹⁵. Esto indica que Margarita vive la pena jurídica como un medio para pagar éticamente su culpa. Vive la pena jurídica como una indemnización de la relación ética que ella ha traicionado matando a su propio hijo. Por tanto, no siempre la ética empuja a infringir la ley; es más, en ocasiones, como para Margarita, la ética es lo que la empuja a aceptar la ley y su rigor.

Ahora bien, es posible engarzar de manera coherente el tema de la obediencia con otro apartado imprescindible desde el punto de vista del análisis funcional. En efecto, una pregunta tan importante como la de “¿por qué obedecer?” es la de “¿a quién obedecer?”⁹⁶, pues las razones aducidas para justificar la obligación política

⁹⁵ Goethe, J. F. *Fausto*. Madrid, Unidad Editorial, 1999, pp. 196-197.

⁹⁶ Passerin d'Entrèves, A. “Obeying whom?”. En: *Political Studies*, 1, 1965, pp. 1-14, y en italiano en *Id.*, “A chi obbedire?”. En: *Obbedienza e resistenza in una società democratica*. Milán, Edizioni di Comunità, 1970, pp. 31-52.

de obedecer a las leyes suponen la existencia de una instancia terminal, encarnada por la autoridad, que reúne los requisitos previstos para exigir tal cumplimiento. Con esto me refiero al Estado nacional que, todavía hoy pese al empuje globalizador, es la autoridad soberana que ostenta esa capacidad⁹⁷. Y el de las «autoridades supremas o soberanas», como advierte Hernández Marín, «es un tema complejo, que rebasa los límites de la filosofía del Derecho, y en el que pueden estar implicadas cuestiones de filosofía política, sociología, historia, etc.»⁹⁸. Esta interdisciplinariedad deriva de la relación dialéctica de implicación recíproca y determinación mutua que existe entre los conceptos de “Estado” y de “derecho”. Esta dependencia plantea la cuestión –no exclusiva del jurista en el campo de las ciencias sociales– de la calificación del poder y las formas de su ejercicio. Se trata esencialmente de una cuestión de legitimación: ¿en virtud de qué el Estado, la autoridad soberana, esgrime la pretensión de validez de sus creaciones normativas? ¿Del poder de hecho de que indudablemente dispone –recordemos la definición kelseniana según la cual el Estado es una organización política porque es un orden que regula, monopolizándolo, el uso de la fuerza; y es una sociedad políticamente organizada, porque es una comunidad constituida por un orden coercitivo que es el derecho⁹⁹ – o de alguna forma de justificación que le otorga un *plus* de legitimación? ¿El ordenamiento jurídico existe sólo si tiene como fundamento un poder supremo, o el Estado, en cuanto centro de poder, no es sino el conjunto de las normas obedecidas?¹⁰⁰ La ambivalencia e insolubilidad del nexo entre derecho y Estado (poder) queda reflejada, en definitiva, en la siguiente alternativa: ¿*Auctoritas facit legem* o *lex facit regem*? ¿O ambas cosas, en el sentido de que en el vértice del sistema normativo *lex et potestas convertuntur*?

⁹⁷ Como señala López Calera, «el Estado se caracteriza por ser la fuente de producción de derecho más importante en un sistema político y jurídico avanzado. Y es la más importante por muchos motivos. En primer lugar, porque la mayoría de las leyes y las leyes más importantes (por su rango normativo y por el objeto de su regulación) proceden de los aparatos del Estado. Pero, en segundo lugar, también, porque la costumbre y los principios generales del derecho, que en nuestro ordenamiento jurídico son fuentes del derecho y no nacen del Estado, dependen en su valor normativo de las leyes en sentido estricto, esto es, de las leyes producidas por el Estado: “la costumbre sólo regirá en defecto de ley” (art. 1.3 del Código Civil); “los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley” (art. 1.4 del Código Civil)» (López Calera, N. *Filosofía del derecho (II)*. Granada, Comares, 1998, p. 75).

⁹⁸ Hernández Marín, R. “Autoridad – Competencia”. En: Garzón Valdés, E., Laporta, F. J. (eds.) *El derecho y la justicia*. Madrid, Trotta, 2000, p. 117. Para mí, obviamente, el tema no rebasa los límites de la filosofía del derecho; al contrario, es uno de sus temas claves. Pero lo que dice Hernández Marín es perfectamente consecuente con su visión de la disciplina, apuntada en las páginas iniciales.

⁹⁹ Kelsen, H. *Teoría general del derecho y del Estado*. México, U.N.A.M., 1995.

¹⁰⁰ Sobre este tema es útil la lectura de Bobbio, N. “Dal potere al diritto e viceversa”. En: *Rivista di Filosofia*, LXXII, No. 21, 1981, pp. 343-358 (trad. cast. en *Id, Contribución a la teoría del derecho, cit.*, pp. 355-367).

Aun a sabiendas de que, en nuestra experiencia histórico-institucional, esta dialéctica está compendiada en la organización política del Estado democrático de derecho, la explicación del fenómeno estatal en su dimensión histórico-filosófica constituye un peldaño imprescindible de la materia iusfilosófica. «El objeto Estado» —escribe Cotarelo— «es, desde luego, una realidad controvertida y multívoca que admite numerosos y distintos enfoques para su estudio»¹⁰¹, precisamente porque, añadiría yo, hay que moverse en distintos planos (el jurídico, el político, el sociológico y el filosófico) cuyo análisis combinado favorece el acercamiento a los fundamentos históricos del saber jurídico. Para ello, una buena herramienta de trabajo es la de plantear la reflexión sobre la estructura del Estado atendiendo a sus distintos modelos justificativos. La propuesta, por ejemplo, de Passerin d'Entrèves resulta particularmente fructífera a la hora de comprender las diversas vías argumentativas que sustentan la articulación estatal, sobre todo por las preguntas que sugiere. Confeccionando su interpretación a partir de la distinción weberiana entre *Macht* (fuerza) y *Herrschaft* (poder), Passerin d'Entrèves entabla una tripartición temática basada en el análisis del fenómeno estatal en términos de “fuerza”, de “poder” y de “autoridad”: «la división ordinariamente adoptada por los tratadistas, que distinguen la concepción sociológico-política, la jurídica y la filosófica del Estado»¹⁰². Bajo el primer aspecto, el autor ilustra la posibilidad de concebir —tal como ocurre en la perspectiva del realismo político— el Estado como un sistema de mandos que existe por el simple hecho de que puede imponerlos materialmente. Desde el segundo punto de vista, el del “poder”, el Estado se caracterizaría no sólo en cuanto detentador de una fuerza efectiva, sino porque tal fuerza estaría investida de una calificación formal que la vuelve fuerza ejercida conforme a ciertos criterios. Un poder practicado según procedimientos formales que le otorgan carácter jurídico: se trata de aclarar «si la noción misma de Estado está íntimamente ligada a la de Derecho, no sólo en el sentido de que el poder del Estado es un poder jurídico, sino también en el de que sólo partiendo del Derecho puede llegarse a una construcción conceptual del Estado que sea coherente»¹⁰³. Desde el tercer punto de vista, el de la “autoridad”, se plantea la exigencia de hallar razones que puedan otorgar a las pretensiones normativas del Estado un carácter de legitimidad, más allá de sus cualidades fácticas (derivadas de la fuerza) y jurídicas (derivadas del poder): «la

¹⁰¹ Cotarelo, R. “Teoría del Estado”. En: Díaz, E., Ruiz Miguel, A. (eds.) *Filosofía política II. Teoría del Estado*. Madrid, Trotta, 1996, pp. 15-23.

¹⁰² Passerin d'Entrèves, A. *La noción de Estado. Una introducción a la Teoría Política*. Ed. a cargo de R. Punset. Barcelona, Ariel, 2001, p. 27.

¹⁰³ Passerin d'Entrèves, A. *La noción de Estado, cit.*, p. 96. En opinión de Hannah Arendt, Passerin d'Entrèves es el único autor conocido por ella que es «consciente de la importancia de distinguir entre la violencia y el poder» (Arendt, H. *Sulla violenza*. Milán, Mondadori, 1971, p. 48).

legalización de la fuerza constituye un gran progreso, pero no puede considerarse como la última palabra sobre la justificación de la fuerza misma: más allá de la construcción jurídica del poder empieza el esfuerzo de la especulación filosófica, que intenta dar razón de la obligación política mostrando cómo la fuerza, legalizada en el poder, se legitima a su vez en la autoridad»¹⁰⁴.

Por otra parte, no es menos necesario llamar la atención sobre una serie de fenómenos que, en las últimas décadas, han provocado, y están provocando, cambios profundos más allá de la realidad político-jurídica estatal a la que hasta ahora se ha reservado un papel destacado. Las transformaciones de la estructura y las funciones del derecho internacional inducidas por los procesos de globalización obligan a ampliar la perspectiva iusfilosófica para adecuarla a un marco, también teórico, que se encuentra en fase de cambio bajo muchos aspectos. Las repercusiones que estos fenómenos han tenido sobre los equilibrios de las relaciones internacionales estimulan nuevas reflexiones que representan un reto insoslayable para la filosofía del derecho del siglo XXI. En las últimas décadas, tan sólo Rawls ha extendido su teoría a la esfera internacional, y lo ha hecho de manera bastante escueta, en el sentido de que *El derecho de gentes* no es, ni se propone ser, un libro de filosofía del derecho internacional. Hart, por ejemplo, en *El concepto de derecho*, incluye un capítulo sobre el derecho internacional, pero sólo afronta la cuestión analítica de si lo que se llama derecho internacional es realmente derecho, sin desarrollar, ni siquiera mencionar, el tópico de una teoría moral del derecho internacional. Y tampoco Dworkin o Raz extienden sus teorías al ámbito internacional¹⁰⁵.

La ¿aparente? crisis de soberanía de los Estados nacionales y de sus aparatos normativos, provocada por el paso de un derecho internacional de impronta westfaliana al “derecho transnacional” de la nueva estructuración social planetaria, estimula la reconsideración de los valores recogidos bajo el rótulo de “Estado de derecho” y “democracia representativa”, al fin de comprobar –desde una perspectiva filosófica respecto a la del derecho internacional público– la vigencia presente y futura de tales paradigmas jurídico-políticos. La experiencia contemporánea pone cada vez más de manifiesto la importancia de incorporar en la formación de los juristas una, al menos mínima, visión sobre las relaciones entre el derecho y el cambiante equilibrio político-institucional planetario. A este propósito, como muestra del sector, pueden citarse las conexiones entre el derecho, la guerra y el orden global.

¹⁰⁴ Passerin d'Entrèves, A. *La noción de Estado*, cit., p. 27.

¹⁰⁵ Buchanan, A., Golove, D. “Philosophy of International Law”. En: Coleman, J., Shapiro, S. (eds.) *Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford University Press, 2002, p. 868.

Además, cuestiones tan candentes como la de la relación entre la guerra y la tutela internacional de los derechos humanos, o la de las posibles vías jurídicas y políticas para una búsqueda de la paz, tampoco serían nuevas en el panorama iusfilosófico. Kant, Kelsen o Bobbio, por citar tan sólo algunos clásicos, se han interesado por estos temas pero las obras que han dedicado al argumento no suelen ocupar lugares privilegiados en los estudios filosófico-jurídicos¹⁰⁶, pese a que por ejemplo, como recuerda Losano, el ámbito en el que Kelsen ha publicado más es precisamente el internacional¹⁰⁷. La difícil coexistencia entre el derecho y la guerra en la época actual ya fue puesta de relieve por Bobbio a mediados de los años sesenta: «la guerra moderna se coloca fuera de todo posible criterio de legitimación y legalización, más allá de cualquier principio de legitimidad o de legalidad. Es incontrolada e incontrolable por el derecho, como un terremoto o una tormenta. Después de haber sido considerada bien como un medio para realizar el derecho (teoría de la guerra justa) bien como objeto de reglamentación jurídica (en la evolución del *ius belli*) la guerra vuelve a ser, como en la representación hobbesiana del estado de naturaleza, la antítesis del derecho»¹⁰⁸. Estamos, por tanto, ante una situación que parece desafiar radicalmente la capacidad reguladora de las instancias jurídicas nacionales y supranacionales, llegando a un punto de ruptura respecto a la evolución histórico-filosófica del derecho internacional, desde el *ius gentium* hasta las instituciones modernas, pasando por las doctrinas medievales del *bellum iustum* y el *ius publicum europaeum*¹⁰⁹.

Hoy en día la doctrina de la guerra o intervención “humanitaria” plantea la posibilidad de superar el principio westfaliano del respeto de la integridad territorial y la independencia de los Estados nacionales; la intervención bélica humanitaria «es una figura nueva porque ha venido a romper una regla del comportamiento internacional entre los Estados asentada en la visión tradicional del principio de la soberanía estatal, instaurado en 1648, y desarrollado un siglo después en el princi-

¹⁰⁶ Kant, I. *La paz perpetua*. 2ª ed, 3ª reimp., Madrid, Tecnos, 2003; Kelsen, H. *La paz por medio del derecho*. Madrid, Trotta, 2003; *Id.*, *The Law of United Nations*. Nueva York, 1950, Frederick A. Praeger; *Id.*, *Principle of International Law*. Nueva York, Holt, Rinehart and Winston, Inc, 1952; Bobbio, N. *Il problema della guerra e le vie della pace*. Bolonia, Il Mulino, 1979; *Id.*, *Il terzo assente*. Turín, Edizioni Sonda, 1989; *Id.*, *Una guerra giusta?* Venecia, Marsilio, 1991.

¹⁰⁷ Losano, M. G. “Pace, guerra e diritto internazionale: una controversia fra Kelsen e Campagnolo”. En: *Materiali per una storia della cultura giuridica*. No. 1, 2001, p. 115.

¹⁰⁸ Bobbio, N. *Il problema della guerra e le vie della pace*, *cit.*, p. 60.

¹⁰⁹ Para una reintroducción de la doctrina de la “guerra justa” en el panorama actual *vid.* Walzer, M. *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*. (Reimp.), Barcelona, Piados, 2005; *Id.*, *Reflexiones sobre la guerra*. Barcelona, Piados, 2004.

pio de no intervención o no injerencia en los asuntos internos de otros Estados»¹¹⁰. Así pues, en la situación hodierna, y a la luz de los más recientes acontecimientos bélicos, se tornan especialmente acuciantes cuestiones como la de si la garantía de la paz y la protección de los derechos humanos imponen a la comunidad internacional intervenir militarmente, sin tener en cuenta las fronteras y la soberanía de los Estados; o la duda muy razonable acerca de si la búsqueda de la paz y la tutela de los derechos humanos es compatible con la guerra y la utilización de instrumentos de destrucción masiva.

Se trata de temas que aquí sólo pueden quedar apuntados en su dimensión problemática y que precisan de un tratamiento amplio y riguroso. Pero es importante destacar cómo estos asuntos afectan de lleno a los conceptos y las categorías cristalizadas tanto en la teoría como en la filosofía del derecho: piénsese, si no, en la noción de soberanía en las coordenadas sociales contemporáneas (y la cadena eslabonada de cuestiones conexas: la individualización de los sistemas jurídicos, los criterios de producción y validez de las normas jurídicas, el papel de ciertos órganos jurisdiccionales internacionales, etc.), o en la oportunidad de reconceptualizar el nexo entre derecho, moral y política a la luz de los diversos modelos de estructuración del orden mundial (desde el proyecto de desregulación neo-liberal que atribuye la soberanía a las fuerzas del mercado, hasta el paradigma cosmopolita de la unificación y jerarquización política del planeta o el modelo neo-realista y policéntrico de la teoría de los “regímenes internacionales” o del “choque de civilizaciones”). En este marco, la necesidad de la que Bobbio definía “teoría impura” del derecho –y que aquí se ha asumido como análisis funcional del derecho– se hace aún más patente, si cabe, pues, como señala Zolo, «en la arena internacional la relación entre derecho y poder es tan estrecha y tan ambigua que una filosofía del derecho internacional se vería reducida a una simple especulación normativa si no colocase en el centro de su teoría las muchas variables que tornan problemática la relación entre el derecho *in books* y el derecho *in action*; es decir, si no estudiase como objeto específico de la “ciencia jurídica” la red de transacciones políticas, económicas y sociales mediante las cuales los principios y las reglas del derecho se convierten en disciplina efectiva de casos concretos»¹¹¹. Personalmente, considero que un enfoque realista, como el que trasluce de las palabras de Zolo, tiene cabida en el ámbito de la filosofía del derecho internacional mucho más que en

¹¹⁰ Ruiz Miguel, A. “Las intervenciones bélicas humanitarias”. En: *Claves de razón práctica*. No. 68, 1996, p. 16. Sobre la relación entre guerra “humanitaria” y legalidad internacional, especialmente en relación con el caso de Kosovo, *vid.* como muestra Palmisano, G. “La guerra «humanitaria». I caso de Kosovo”. En: Bimbi, L. (ed.) *Not in my name. Guerra e diritto*. Roma, Editori Riuniti, 2003, pp. 158-182.

¹¹¹ Zolo, D. *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*. Madrid, Dykinson, 2005, p. 125.

el perímetro interno de los ordenamientos jurídicos estatales, precisamente por la ausencia, en el primer caso, de un centro de aglutinación normativa al que imputar el ejercicio de la soberanía y al que adjudicar, en última instancia, la reproducción del sistema jurídico. En cualquier caso, es indudable que las dificultades suscitadas por la aparente crisis de la lógica normativa tradicional de las instituciones nacionales e internacionales reclaman una atención especial por parte, entre otros, de los juristas; y los filósofos del derecho en especial, a estas alturas, no pueden eximirse escudándose so pretexto de que sus acostumbrados utensilios analíticos y hermenéuticos no se pueden emplear en contextos ajenos a los de las investigaciones lógico-formales de la ciencia jurídica. Al fin y al cabo, la disposición y la capacidad de encarar problemas nuevos no son sino un signo de inteligencia práctica, algo necesario si se quiere desarrollar, como es nuestro deber profesional, una actividad filosófica y no meramente técnica.

