

LOS FUNDAMENTOS ONTOLÓGICOS DE LA TEORÉTICA JURÍDICA *

The ontological foundations of legal theory

Paul AMSELEK

Universidad Panthéon-Assas, Paris II (Francia)

ACFS, 1983-84, núms. 23 y 24: Problemas de la Legitimación Jurídica.

RESUMEN

Se parte de la idea de que la teorética jurídica sólo es posible sobre unos claros presupuestos ontológicos bien conscientes de la dimensión normativa del derecho y superadores de deformaciones iusnaturalistas, sociologistas, textualistas y logicistas. El derecho es presentado como una técnica para gobernar y dirigir la conducta humana, una concepción a partir de la que es posible articular dos tipos de especulación: la tecnológica o la antropológica. La especulación tecnológica pretende, de un lado, racionalizar los modos de creación del derecho, valorar los modos existentes, explorar vías y medios para una elaboración más satisfactoria y, de otro lado, sistematizar los instrumentos en vigor para detectar sus usos potenciales y también fallos técnicos o efectos socialmente nocivos (dogmática jurídica). El planteamiento antropológico pretende estudiar el derecho en tanto que objeto cultural o humano y observa, con vocación explicativa, los comportamientos de los actores jurídicos y las experiencias jurídicas. Ambos planteamientos están ausentes en la concepción positivista del derecho, centrada más en el análisis doctrinal o ciencia del derecho.

Palabras clave: conocimiento del derecho, teoría del derecho, ciencia del derecho.

ABSTRACT

This article starts from the idea that legal theory is only possible on clear ontological presuppositions well aware of the normative dimension of law and that can overcome the deformations of sociologists, textualists and logicians and iusnaturalists. The law is presented as a technique to govern and direct human behaviour, a concept from which it is possible to articulate two kinds of speculations: technology or anthropology. Technological speculation aims, on the one hand, at rationalizing modes of lawmaking, to assess existing modes, explore ways and means for more successful development and on the other hand, to systematize existing instruments to detect its potential uses and technical failures or socially harmful effects (legal doctrine). The anthropological approach seeks to study law

* Texto de una comunicación presentada en el XI Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Helsinki, 14-20 de agosto de 1983. Versión castellana de Mariano Maresca.

as a cultural or human subject and notes, with explanatory vocation, the behaviour of legal actors and legal experiences. Both approaches are absent in the positivist conception of law, focusing more on the doctrinal analysis or science of law.

Key words: knowledge of law, theory of law, science of law.

Generalmente, cuando los teóricos del derecho se refieren a la idea de “fundamento” lo hacen, bien desde una perspectiva de dogmática jurídica, bien en el marco de un planteamiento metafísico-moralista. En el primer caso, en efecto, se trata de examinar si, en un sistema jurídico dado, la emisión de tal o cual norma jurídica por tal o cual autoridad pública es correcta, conforme con la reglamentación jurídica aplicable a esa emisión y si, en consecuencia, la norma jurídica en cuestión está jurídicamente “fundamentada”, es jurídicamente válida y aplicable (aunque estas dos últimas nociones no vayan necesariamente unidas). En el segundo caso, bajo la especie de “fundamentar el derecho” lo que se pretende es explicar por qué y en qué medida son “obligatorias” para los ciudadanos, qué razones (eventualmente buscadas en alguna problemática trascendente) fundamentan el deber de obedecerlas, el civismo jurídico que de alguna manera inducen.

No vamos a tomar aquí ninguna de esas direcciones; nuestra perspectiva es neta y resueltamente epistemológica. Más concretamente, nuestro propósito es mostrar, o más bien —dada la brevedad impuesta a esta comunicación— hacer entrever que la teoría del derecho sólo puede ser correctamente concebida y eficazmente sistematizada a partir de un enfoque que dé cumplida cuenta del derecho, de su propia morfología, de la estructura auténtica e irremplazable de su manera de ser, de su modalidad. Dicho brevemente, la teoría jurídica¹ descansa fundamentalmente sobre la ontología jurídica (entendiendo aquí esta noción, como se verá, al margen de toda connotación metafísica): en la medida en que se pierden de vista los datos ontológicos exactos del derecho, se tiende a hacer una mala teoría jurídica.

En la práctica, y precisamente por la ausencia de tales bases ontológicas serias, claras y sólidas, la teoría jurídica suele hacer análisis falseados, irreales, retóricos. Este error se produce fundamentalmente de dos formas: o bien se le asigna a la teoría del derecho un objeto que no es el suyo, que no tiene la estructura propia, la ipseidad o identidad del derecho —lo que supone hablar de una pseudoteoría del derecho— bien se examinan y se clasifican imperfectamente los diferentes tipos de planteamientos teóricos a que el derecho, por su propia estructura, da lugar o puede dar lugar —lo que se traduce en presentar falsas tipologías de las disciplinas jurídicas—. Vamos a proceder a un rápido examen en ambas direcciones.

1. Siguiendo la distinción acuñada por Edmon GOBLOT en su *Vocabulaire Philosophique*, “la teoría se refiere a la teoría, la teórica forma parte de la teoría”.

I. ONTOLOGÍA JURÍDICA Y PSEUDOTEORÍA DEL DERECHO

Circula un buen número de concepciones aberrantes que asignan a la teoría del derecho un objeto de especulación distinto del derecho mismo en su auténtico modo de ser. Esquemáticamente, podemos clasificarlas en dos grupos, según que atribuyan al derecho una constitución distinta de la normativa, o traten esa constitución normativa de una manera deformada.

1) La deformación más irritante del derecho consiste en desconocer su consistencia normativa e imaginarlo de cualquier manera menos como reglamentación, normas, reglas o normas de conducta. Esta singular deformación viene representada, principalmente, por dos corrientes de pensamiento: la que llamamos “iusnaturalismo” y la que hemos propuesto llamar “sociologismo”².

En efecto, si para una parte de los defensores del iusnaturalismo el derecho, el “verdadero” derecho, estaría constituido por reglas o mandatos de origen divino e inmanentes en la naturaleza, para otra consistiría en algo distinto de las reglas; sería de otra sustancia, otra textura de la que, a decir verdad, se da una representación muy vaga, informe, puesta bajo etiquetas tales como “valores”, “justo” o “justicia”. En todo caso, este ser jurídico inmanente en la naturaleza, atributo de la naturaleza, no se confundirá con las reglas con que la razón humana intenta únicamente expresarlo, después de haberlo aprehendido en las cosas³.

Al hablar de “sociologismo”, nos referimos a las corrientes de pensamiento que, ignorando la estructura normativa del derecho, pretenden asimilarla a comportamientos humanos segregados por la vida en sociedad, a comportamientos sociales, intersubjetivos —ya se trate, por ejemplo, de la Escuela Sociológica del Derecho que en Francia puede representar Henri Lévy-Bruhl, o de la Escuela Ecológica del Derecho fundada en Argentina por Carlos Cossío⁴.

Estos dos tipos de deformación de la estructura del derecho inspiran los mismos planteamientos poéticos acerca de la teoría del derecho: en especial, las reglas jurídicas, en vez de ser concebidas como el objeto mismo de estudio de la teoría del derecho, se convierten en producto de ésta, en su obra, puesto que la misión esencial del teórico del derecho consiste en observar el derecho inmanente en la

2. Véase nuestra obra *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, París, 1904, pp. 150 y ss.

3. Véanse, por ejemplo, los análisis desarrollados en este sentido en Francia por Michel VILLEY (especialmente *Seize essais de philosophie du droit*, París, 1969, y *De l'indicatif dans le droit*, “Archives de Philosophie du Droit”, t. XIX, 1974, pp. 33 y ss.), y compárense con las corrientes iusnaturalistas alemanas inspiradas por los planteamientos “fenomenológicos” de Max SCHELER y Nicolas HARTMANN.

4. Así, H. LÉVY-BRUBL define el derecho “como el conjunto de comportamientos que el grupo impone a sus miembros en sus relaciones mutuas” (*La méthode sociologique dans les études d'histoire du droit*, en *Méthode sociologique et Droit*, París 1958 p. 122; ver también *Aspects sociologiques du droit*, París, 1955). De la misma forma, para CARLOS COSSÍO el derecho en tanto que objeto de especulación de la teoría jurídica es “conducta humana” (*La norme et l'impératif chez Husserl*, en *Mélanges Roubier*, París, 1961, pp. 145 y ss.; *La teoría ecológica del derecho*, Buenos Aires, 1963, y nuestra reseña en los “A. Ph. D.”, t. IX, 1964, pp. 311 y ss.).

naturaleza o en la realidad social y enunciar reglas de derecho que se entienden como la mera consignación de los resultados de su observación. Estas reglas, elaboradas sobre la base de procedimientos racionales experimentados, estarían llamadas a competir con las formuladas de manera más artesanal por los poderes públicos, y en el fondo, lisa y llanamente, a suplantarlas.

2) Hay otras formas más insidiosas de alteración ontológica del derecho, las que consisten en admitir que el derecho, ciertamente, está constituido por normas, normas de conducta o normas éticas, pero atribuyendo a esta constitución normativa una falsa modalidad que realmente no es la suya. Podemos citar, en especial, dos variantes de este tipo de deformación.

La primera consiste en pretender, de manera hartamente extraña, que la emisión de las normas jurídicas no sería sólo el vehículo de éstas, sino las normas mismas; y así hay toda una corriente, especialmente de la filosofía del derecho polaca, que se niega a ver que las reglas jurídicas, como todas las demás reglas, tienen una textura psíquica y que en la emisión de normas jurídicas lo que constituye la regla no es la palabra misma del legislador, sino su sentido, es decir, el contenido de pensamiento que ésta transmite. Tales autores recelan de la relatividad que implica este dato ontológico del derecho, puesto que según el sentido que se atribuya a las palabras del legislador pensaremos en una u otra norma: tal relatividad, aunque pueda constatarse en la práctica todos los días, para ellos es “inaceptable”⁵. Esta asimilación del modo de ser de las normas jurídicas a su modo de comunicación conduce, evidentemente, a una peculiar forma de ver la teoría del derecho, centrada en el tejido proposicional considerado en sí mismo y para sí mismo, una teoría centrada de alguna manera sobre el aluvión de palabras del legislador.

Una segunda variante está representada por lo que hemos propuesto llamar “logicismo”⁶: el “logicismo” es otra forma de alteración de la estructura propia del derecho, que consiste en considerar, de manera más o menos confusa, a las normas de conducta que constituyen el derecho como afirmaciones, y tratarlas como tales; así, las normas jurídicas dejan de ser normas prescriptivas para transformarse, mediante una sutil alquimia, en normas descriptivas del tipo de las leyes formuladas por la ciencia (con lo cual, en un cierto sentido, y aunque por otro camino, el logicismo viene a coincidir con el iusnaturalismo y el sociologismo). Esta actitud la encontramos frecuentemente en los defensores del positivismo jurídico, que tienen una fuerte propensión a alinear sus ideas, sin mayor problema, con las del positivismo filosófico surgido de Auguste Comte, y a concebir el derecho y la teoría del derecho como ese positivismo concibe las leyes científicas y la metodología de la ciencia. Kelsen ilustra a la perfección esta tendencia⁷; concretamente, ella lo

5. CHRISTOPHE GRSEGORCZYK y THOMASZ STUDNICKI, *Les rapports entre la norme et la disposition légale*, “A. Ph. D.”, t. XIX, 1974, pp. 243 y ss.

6. Véase nuestra obra ya citada, pp. 181 y ss.

7. Véase nuestro estudio sobre *Kelsen et les contradictions du positivisme juridique*, “Revue Internationale de Philosophie”, 1981, pp. 460 y ss.

llevó a pretender durante bastante tiempo que las normas jurídicas estarían sometidas al principio de no contradicción y que, por tanto, sólo podrían ser tomadas en consideración por la “ciencia del derecho” en el caso de no contradecirse⁸; en la misma línea, el maestro austríaco sostuvo que las normas jurídicas no eficaces, no confirmadas por la realidad de los hechos, deberían ser consideradas “no válidas” por la “ciencia del derecho” y por tanto, por así decir, nulas y no existentes⁹.

Ya se ve, pues, a qué extravagantes e irreales derroteros puede verse conducida la teoría del derecho cuando no se respetan los auténticos datos ontológicos del derecho. Pero esta falta de respeto puede llevar aún a otras extravagancias.

2. ONTOLOGÍA JURÍDICA Y FALSAS TIPOLOGÍAS DE LAS DISCIPLINAS JURÍDICAS

Por su propia estructura, el derecho es susceptible de prestarse a dos grandes tipos de planteamientos teóricos; esto es lo que vamos a tratar en primer lugar, antes de mostrar el sincretismo que de hecho reina en este punto en la teórica jurídica, carente de bases ontológicas satisfactorias.

1) En tanto que constituido por normas de conducta, el derecho tiene la naturaleza de una técnica, de un conjunto de útiles o instrumentos utilizados en cada caso para dirigir la conducta humana, para “gobernar”. Por consiguiente, como los demás útiles humanos, puede servir de soporte a dos tipos de especulación teórica completamente diferentes, según sea abordado desde un punto de vista tecnológico o desde un punto de vista antropológico¹⁰.

El planteamiento tecnológico consiste, por lo que se refiere al teórico, en acercarse al derecho, a la técnica jurídica, como un técnico de segundo grado: el tecnólogo es el *homo faber* que reflexiona sobre sí mismo, sobre los útiles que él crea y utiliza, y ello en la perspectiva de perfeccionar esa experiencia artesanal, de hacerla más operativa, de introducir en ella, según su razón le indique, orden, coherencia, mejoras. En cuanto es actividad de racionalización de la técnica, la tecnología es teoría de la técnica. En este sentido, la tecnología jurídica pretende, de una parte, racionalizar los modos de creación del derecho (la técnica jurídica constituyente), valorar los modos existentes, explorar las vías y medios de una elaboración más satisfactoria de las normas jurídicas; de otra, pretende racionalizar los instrumentos jurídicos en vigor (la técnica jurídica constituida) mediante una sistematización de esos instrumentos, una presentación ordenada, un comentario

8. *Théorie Pure du Droit*, 1.^a ed., versión francesa de H. THEVENAZ, Neuchâtel, 1953, pp. 134 y 168-169; 2.^a ed., versión francesa de CH. EISENMANN, París, 1962, pp. 101 y ss. y 273 y ss. KELSEN no abandonó esta tesis hasta 1962, en su contribución a los *Essays in jurisprudence in Honor Roscoe Pound*, Indianapolis, 1962, pp. 339 y ss.

9. Véase en particular *Teoría pura...*, 2.^a ed., pp. 286 y ss.

10. Sobre esta distinción, véase nuestra obra precitada, pp. 361 y ss., y nuestro estudio *Eléments d'une définition de la recherche juridique*, *A. Ph. D.*, t. XXIV, 1979, pp. 297 y ss.

racional y crítico, aclarando todas las posibilidades que tales instrumentos pueden ofrecer, pero también los problemas que pueden crear en la práctica, las imperfecciones, lagunas y contradicciones que pueden presentar, los efectos socialmente nocivos que pueden generar, etcétera. Esta segunda rama de la tecnología jurídica constituye la dogmática jurídica; de hecho, a ella se dedica tradicionalmente la mayor parte de la actividad teórica desplegada en la provincia jurídica.

El planeamiento antropológico es completamente diferente: es el del sabio, el *homo sapiens*, es decir, el del observador imparcial y desinteresado que se esfuerza por observar la realidad que se produce ante sus ojos y descubrir, en la cadena de las producciones de lo real, regularidades que él traducirá en leyes científicas del tipo “cuando tal cosa se produce, tal otra puede o debe producirse o no producirse”. Pero precisamente los instrumentos jurídicos, como cualquier otra categoría de útiles humanos, directamente no pueden constituir en sí mismos y por sí mismos el objeto de una ciencia. En efecto, las cosas humanas o culturales, a diferencia de las naturales, no son cosas que se producen, sino que por definición son cosas que *son producidas*, hechas por el hombre; no es posible, pues, insertarlas como tales en el curso de las cosas y pretender tratarlas de manera autónoma. Hay que considerarlas como hechos del hombre, fenómenos humanos, y así, puestas en relación con el hombre, con actos o comportamientos humanos, podremos estudiarlas científicamente; si se prefiere, es su *ser producido* y no su *producirse* lo que hay que poner en relación con la producción de tal o cual cosa, y eso es siempre lo que permite llegar a una explicación de las actividades del hombre. En este sentido, y hablando con propiedad, no hay ahí “ciencia del derecho”, sino solamente una ciencia del hombre, una ciencia antropológica que, en una de sus secciones, estudia una cierta categoría de fenómenos humanos (los diferentes fenómenos humanos relacionados con los instrumentos jurídicos: fenómenos de elaboración, promulgación, difusión, comprensión, utilización, aprendizaje, etc., de las normas jurídicas). Son estos fenómenos humanos, y no los instrumentos jurídicos directamente, los que pueden constituir el objeto de una actividad científica de búsqueda y de traducción de posibles regularidades.

Igualmente absurda sería la pretensión de aplicar un tratamiento científico a los instrumentos jurídicos en sí mismos, como si se tratara de producciones naturales, cuando esos instrumentos carecen de fenomeneidad: en efecto, las normas jurídicas, y más generalmente el conjunto de las normas o reglas, no son existentes observables, sino contenidos de pensamiento o representaciones intelectuales, instrumentos de textura psíquica que son inmanentes al espíritu del hombre. Ciertamente, los hombres pueden, como hemos recordado más arriba, comunicárselos entre ellos en sus relaciones intersubjetivas por medio de signos sensibles (palabras, gestos...). Pero en estos casos lo que es observable, lo que aparece, es el fenómeno humano de la comunicación y el vehículo utilizado, pero no el sentido, el contenido de pensamiento transmitido, la norma que el vehículo intenta hacer llegar desde el espíritu del locutor hasta el espíritu del interlocutor. Una ciencia que pretenda emplearse directamente sobre las normas jurídicas, que pretenda tratar tales normas como existentes observables, como fenómenos, y como fenómenos directamente conectables con otros

fenómenos, resulta ser, pues, un sinsentido por partida doble. Desde ese punto de vista, hay una diferencia irreductible (una diferencia de distanciamiento, de alguna manera) entre la tecnología jurídica que se despliega aplicándose directamente al mundo de la técnica jurídica, que es una actividad de segundo grado, y la ciencia antropológico-jurídica, que sólo cuenta con una aproximación a los instrumentos jurídicos mediatizada por el prisma de los fenómenos humanos de los comportamientos de los actores en la experiencia jurídica que observa e intenta explicar.

2) Resulta chocante comprobar hasta qué punto en la práctica esa diferencia desaparece en los análisis y tipologías más comunmente admitidos de la teorética jurídica, en especial de la teorética de inspiración positivista. Ésta está enfocada, esencialmente, a la actividad de teoría jurídica que de hecho, y desde antiguo, es más practicada, la significativamente denominada “la doctrina”, es decir, la tecnología jurídica y, sobre todo, la dogmática jurídica; y tiende a presentar esta actividad como una actividad científica, como una “ciencia del derecho”, lo que no sólo equivale a dar una idea muy deformada e irreal de la tecnología jurídica, sino que también, y al mismo tiempo, impide valorar correctamente procedimientos verdaderamente científicos que han empezado a desarrollarse, sobre todo, a partir de la última guerra mundial y que molestan claramente a la teorética jurídica positivista.

Una ilustración particularmente llamativa de este sincretismo, y de los *impasses* a que necesariamente lleva, la encontramos en la Teoría Pura del Derecho de Kelsen. Al desarrollar sistemáticamente la teorética del positivismo jurídico, Kelsen se vió obligado a sostener, no sin dificultades, que la dogmática jurídica era una “ciencia del derecho” e incluso “la” ciencia del derecho, la única ciencia auténtica del derecho por ser la única centrada directamente en las normas jurídicas, mientras que la teoría antropológico-jurídica sería una ciencia paralela que se ocupa de un objeto distinto: “Pregunta de qué manera han influido fácticamente ciertos hechos económicos, o representaciones religiosas, sobre la actividad del legislador, o de los tribunales; cuáles son los motivos que llevan a los hombres a adecuar o no su comportamiento al orden jurídico. Por lo tanto, no es el derecho mismo lo que constituye el objeto de este conocimiento, sino ciertos fenómenos paralelos de la naturaleza”.

Para establecer el estatuto científico de la dogmática jurídica, Kelsen tuvo que acudir a extraños razonamientos. Así, la teoría dogmática debería ser, respecto de las normas jurídicas que estudia, tan imparcial y desinteresada como cualquier otra ciencia respecto de su objeto de observación; cerrando los ojos a los planteamientos reales y constantes de la doctrina jurídica, el maestro austríaco afirma de manera terminante: “En cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho debe ser o deba ser hecho”¹¹.

11. Lo cual no ha impedido a KELSEN desarrollar simultáneamente las tesis logicistas a que hemos aludido más arriba. Esta contradicción se explica fácilmente: en efecto, a partir del momento

Según Kelsen, el trabajo de ordenar normas jurídicas, presentar racionalmente las correlaciones entre las diferentes partes de la reglamentación jurídica, sería exactamente comparable al trabajo del físico que introduce orden en el cosmos descubriendo las regularidades que pueda haber en él. Y de la misma forma, las “proposiciones jurídicas” (*Rechtssätze*) con que la dogmática describe la reglamentación jurídica (proposiciones del tipo “si alguien comete tal acción es acreedor de tal sanción”), serían auténticas leyes científicas: que tengan un carácter tan distinto de estas otras leyes científicas se explicaría por la existencia de una dicotomía de planteamientos científicos, basado uno en el “principio de causalidad” y otro en el pretendido “principio de imputación”. ¡Extraña imagen la de una ciencia con dos rostros! He ahí las extravagancias a que puede llevar un insuficiente respeto por los datos ontológicos del derecho.

Al final de esta rápida exposición vemos cómo la teórica jurídica, incluso en la época actual, se ve lastrada y sobrecargada de planteamientos falseados, irreales. Las consignas de “vuelta a las cosas mismas” y “retomar todo desde el principio” que la fenomenología husserliana lanzó al principio de este siglo, siguen teniendo una acuciante actualidad al final del siglo en la provincia jurídica: la conquista o reconquista de la auténtica modalidad ontológica del derecho sigue siendo una condición previa que hay que cumplir...

en que se trata a la dogmática jurídica como una ciencia, ese carácter científico tiende por naturaleza a contagiarse a las normas jurídicas mismas, dada la escasa distancia que separa, como hemos visto, a la dogmática jurídica, y más ampliamente a la tecnología jurídica, del derecho, de la técnica jurídica.