

DERECHO E IDEOLOGIA

I

BASE HISTÓRICA DEL TEMA

1. «IDEA», «GUSTO», «JUICIO». — La relación *teoría-praxis* es datable como problema. Coincide en el tiempo con la aparición y auge de los *ideólogos*. Si su solución pendiente pretende integrarse metodológicamente en la «intención» de la *Aufklärung* (1), o bien «más allá» de una visión ilustrada del mundo (2), tanto en un caso como en otro el punto de partida no es trasladable. Tal comienzo no es una irrupción temática, sino más bien un gradual completar y olvidar viejos *topoi* de la tradicional «filosofía práctica». Tanto si se afirma que la ideología es una consciente interpretación deformada de la realidad, o un proyecto para manipular esa misma realidad, se da por supuesto, en ambos casos, el carácter ominoso de la ideología y su relación «interesada» con la realidad. Esa actitud valorativa, aun radicada en el modo de plantearse el problema, supone, sin embargo, una transposición del sentido que el neologismo «ideología» había adquirido en el momento de su nacimiento. Ideología pretende ser *logos racional* sobre la *idea*, cuyo contenido estaba ya dado de antemano, pero cuya racionalización constituía un *novum*, una superación de la lucubración tradicional sobre las ideas, es decir, de la *philosophia*, sin ser, a su vez, una nueva y reiterada encarnación de la antítesis de ésta: la *philodoxia*. El impulso intelectual se apoya en este caso en la dogmatización del contenido del concepto *idea*, cristalizado en torno a un eje radicado en tiempos inmediatamente anteriores. El jurista sabe que *Aufklärung*, desde su perspectiva, significa tanto como po-

(1) Así, HABERMAS, J.: *Zur Logik der Sozialwissenschaften*, Beihft. 5 de «Philosophische Rundschau», Tübingen, 1967, pág. 195.

(2) «Das Zeitalter der Aufklärung scheint uns abgelaufen, ihre Prämissen sind tot, aber ihre Konsequenzen laufen weiter...», «ist zu bedenken, dass 200 Jahre Aufklärung die reelle Voraussetzungen unserer geistigen Konstitution sind» (GIBLEN, A.: *Die Seele im technischen Zeitalter*, 10.^a ed., Hamburg, 1967, págs. 76, 75, respectivamente).

pularización de la *iuris naturalis scientia* (3). Esta *scientia*, racionalizadora del viejo lugar común «Derecho natural», pasa a ser ahora ciencia práctica, vinculada a las exigencias del momento y difundida en afán educativo a estamentos de escasa entidad dentro de la fisonomía política del absolutismo. La ciencia jurídica, queriendo llegar a ser patrimonio de la generalidad, se expresa en tonos doctrinarios y propagandísticos, se constituye en poder público: de ciencia ha pasado a ser «buen tono», «pública opinión». Christian Thomasius vale como prototipo de esa transformación. Para sondear su actitud basta traer a la memoria un dato biográfico significativo. En la primavera de 1687 anuncia en el tablón de la iglesia de la Universidad de Leipzig una lección suya en lengua alemana, dedicada a jóvenes juristas, bajo el título «Welchergestalt man denen Franzosen in gemeinen Leben und Wandel nachahmen solle» (algo así, «qué manera debe imitarse a los franceses en la vida y porte ordinarios»), y a la que servirá de pauta el *Oráculo manual*, del jesuita español Baltasar Gracián, cuya edición francesa —*L'Homme de cour*—, realizada por Nicolás Amelot de La Houssaie, había sido publicada en París sólo tres años antes (4). El «hombre en su punto», el «discreto», provisto de «gusto» y de un «genio» arropado con las categorías de la prudencia escolástica, pero animado del *pathos* propagandístico de la Contrarreforma, hizo época en el ambiente europeo y se convirtió en modelo de una clase nueva, futura protagonista de la Historia (5). El del jesuita es un tipo pedagógico que desplaza a su antecesor, el *cortigiano* de Castiglione, en cuanto que no depende como éste de una raigambre social, en la que se encuentra de antemano. El absolutismo, tras someter a su férula a

(3) Cfr. WIEACKER, F.: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.^a ed., Göttingen, 1967, págs. 312 y sigs., y la bibliografía allí citada.

(4) Sobre ello, BRÜGGEMANN, F.: *Aus der Freizeit der deutschen Aufklärung: Christian Thomasius und Christian Weise*, serie «Aufklärung», vol. I de *Deutsche Literatur*, ed. Kindermann, Weimar, 1928. Sobre Thomasius, además, WOLF, E.: *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4.^a ed., Tübingen, 1963, págs. 371 y siguientes; WELZEL, H.: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.^a ed., Göttingen, 1962, págs. 164 y sigs.; BATTAGLIA, F.: *Christiano Thomasio filosofo e giurista*, Roma, 1936. En el aspecto de «popularizador», BLOCH, E.: *Christian Thomasius, Ein deutscher Gelehrter ohne Misere*, Berlín, 1953 (nueva edic., Frankfurt a. M., 1966).

(5) «Fast jede Abhandlung dieser Zeit über den Geschmack enthält einen Hinweis auf Gracian als den Inaugurator» (SCHÜMMER, Fr.: *Die Entwicklung des Geschmacksbegriffe in der Philosophie des 17. und 18. Jahrhunderts*, «Archiv für Begriffsgeschichte», 1 (1955), 121). «Das Bildungsideal, das Gracian damit aufstellt, sollte Epoche machen... Die Geschichte des Geschmacksbegriffs folgt daher der Geschichte des Absolutismus von Spanien nach Frankreich und England und fällt mit der Vorgeschichte des dritten Standes zusammen» (GADAMER, H.: *Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 2.^a ed., Tübingen, 1965, pág. 33).

la nobleza de sangre, hace posible, en su declive, una sociedad que no se legitima por la alcurnia, sino por una semejanza de pareceres, por la participación en un criterio general sobre intereses y preferencias que tienen por objeto lo privado, lo utilitario. El principio de conocimiento no es en ese contexto la *ratio*, sino el *juicio*, y la base común sobre la que se alza toda formulación juiciosa es el *gusto*. Thomasius predica tal arte de conocimiento, diversa de los *prauciducia* cartesianos y volcada a una *prudencia cogitandi et ratiocinandi*. Paralelamente, el Derecho deja de ser para él un sistema de deberes para convertirse en conjunto de pretensiones del individuo a la sociedad, en aras de su felicidad personal.

Tal subjetivación de la idea de Derecho natural era una secuela de la subjetivación de la *idea*, simplemente, en la que la aportación de Gracián no había sido escasa. La *idea platónica* sufrió en el Renacimiento el mismo proceso de interiorización que caracteriza a la *Theologia platonica* (1474), de Marsilio Ficino. La mutación radicaba en el abandono de la *mimesis* de las ideas inmanentes a las cosas y el hincapié hecho en los *phantasiai*, en las ideas de las cosas «presentes en nuestros pechos» (6). Significativamente se relacionó *conchetto* con *idea*. Gracián es singular testigo de ello. Su «gusto de las cabezas» (7) halla su razón de ser en que cada uno se asimila la idea ejemplar (8). El manierismo y la retórica, el conceptismo y la emblemática participaban de la misma mentalidad (9). Es, no obstante, arriesgado calificar a esta actitud, ya barroca, ya manierista. El barroco, dentro de la Contrarreforma, no es un subjetivismo a ultranza. La retórica barroca, por ejemplo, busca el *delectare*, pero su fin primordial, el *persuadere*, no usa de opiniones originales, sino del cuerpo doctrinal válido dentro del horizonte clásico de los órdenes constituidos: Iglesia, Estado, sociedad, derecho natural o mo-

(6) Sobre tal mutación, HOCHE, G. R.: *Die Welt als Labryrinth*, 6.^a ed., Reinbek, páginas 37 y sigs. Sobre la equiparación concepto-idea, *ibidem*, págs. 48 y sigs.

(7) «El gusto de las cabezas hace voto en cada orden de cosas», *Oráculo manual*, n. 120, edic. DEL HOYO, A., Madrid, 1960, pág. 183. He aquí la expresión de esa democratización revolucionaria del ideal educativo.

(8) Cfr. *El Críticoón*, parte II, Crisi X (ed. DEL HOYO, pág. 789).

(9) Cfr. BATTIORI, M.: *La barroquización de la ratio studiorum en la mente y en las obras de Gracián*, «Analecta Gregoriana», 70 (1954), págs. 157-162. Idem: *Gracián y la retórica barroca en España*, en *Retorica e Barroco. Atti del III Congresso Internazionale di Studi Umanistici de Venezia*, Roma, 1955, págs. 27-32. En la teoría política resalta la importancia de la emblemática MARAVALL, J. A.: *La philosophie politique espagnole au XVII siècle dans ses rapports avec l'esprit de la Contra-Reforme* (traducción francesa), París, 1955. No parece que carezca de interés hacer referencia al posible papel que la retórica y la invención hayan podido desempeñar en la metodología de la llamada «escuela española de Derecho natural». Baste señalar la resonancia alcanzada en su tiempo por los *loci theologici* de MELCHOR CANO.

ral (10). Subjetivismo dentro de la norma; tal es, significativamente, la empresa acometida por otro fenómeno de esa época: la casuística, que trata de reducir valores morales absolutos, de carácter intangible, a situaciones concretas. Si el laberinto de distinciones propuesto para amoldar la ley a lo individual, para justificar una aparente concordancia con la ley, merece, en sus extremismos, la repulsa de la Iglesia; la polaridad entre ley general y conciencia individual se mantiene. El «discreto» de Gracián es un hombre que obra atinadamente en cuanto conoce y aprovecha las circunstancias en que se mueve su obrar; no es un hombre de principios absolutos, sino más bien un *politique*, un *philosophe*, en el sentido que estos vocablos adquieren en la Ilustración. Por ello es significativo que Diderot, en el artículo *Politique* de la Enciclopedia, después de haber descrito a la filosofía política como «celle qui enseigne aux hommes à se conduire avec prudence, soit à la tête d'un etat, soit à la tête d'une famille», cita a continuación sólo cinco tratadistas de tal filosofía: Aristóteles —en cuya tradición se mantiene al relacionar moral pública con moral doméstica—, a Bodin, a Maquiavelo, a Boccacini y al admirador de este último el jesuita —y el hecho es significativo para el tiempo en que se redacta la Enciclopedia— Gracián (11). Si en virtud del proceso de interiorización de la idea, el «filósofo», el «sabio» de otrora ha pasado a ser el prudente en sentido burgués (12), resalta el parentesco entre «idea» e «ideología». Cabe preguntarse en este momento por las causas de esa transformación.

2. EL DUALISMO «NATURALEZA-ESPÍRITU». —El subjetivismo, que afectaba al casuismo, a pesar de sus posibles tendencias nihilistas, fustigadas por Pascal, fue objeto de un peculiar proceso de secularización tendente en cual-

(10) Sobre la relación barroco-manierismo, HOCKE, G. R.: *Sprach-Alchimie und esoterische Kombinationskunst*, 4.^a ed., Reinbek, 1967, págs. 145 y sigs., y en páginas 246 y sigs. las observaciones sobre la casuística, aquí reseñadas.

(11) Cfr. *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des Sciences, des Arts et des Métiers par une Société des gens de Lettres, mis en ordre et publiée par M. * * **, tomo XII, Neufchâtel, 1765, col. 916 y sigs. Sobre Gracián, 917 y sig. Que se es consciente del alcance levantisco de la obra de Gracián lo manifiesta el mismo artículo al hacerse eco de los temores de la condesa de Aranda de que «les belles pensées de Gracian devoient communes par l'impression; en sorte que le moindre bourgeois pouvait avoir pour un écu de choses, qui à cause de leur excellence ne savoient être bien en de telles mains».

(12) *Encyclopédie*, cit., tomo XII, art. «Philosophie», col. 510 y sig.: «le vrai philosophe n'est point tourmenté par l'ambition, mais il veut avoir les commodités de la vie; il lui faut, outre le nécessaire précis, un honnête superflu nécessaire à un honnête homme, et par lequel seul ont est hereux: c'est le fond des bienséances et des agrémens».

quier caso a mantener el propósito original de equilibrar exigencia moral y libertad personal, de garantizar la armonía moral preestablecida, por un lado, y la restauración individual del orden perdido. Jurídicamente, tal evolución desemboca en los «derechos humanos», enfrentados a un Derecho natural externamente impuesto. Este nuevo Derecho natural, laxamente existencial, llevó en última instancia a la más o menos plena psicologización de la realidad jurídica, al escepticismo sobre la posibilidad de determinar contenidos normativos, al abandono de tal determinación a las exigencias de la ideología.

Con ello no se hace sino describir el fenómeno. Sus posibles causas venían ya dadas por los nuevos derroteros seguidos por la filosofía moral. En realidad, el proceso afectaba a todo el pensamiento de la Edad Moderna, cuya base y cuyo objeto tendían a immanentizarse: el hombre creador y creatura de sí mismo. En esta tesitura, el pensamiento, el mismo obrar humano, tratado *more geometrico*, no dejarían resquicio, según el propósito inicial, a lo inconoscible. Hoy, el pensamiento se encuentra arrojado de tal paraíso, y la conciencia de «tiempo final» de tal pensamiento se encarna en las ideologías y utopías (13). Pero ya antes de que aparecieran las ideologías, como reacción frente al dogmatismo, saber significaba tanto como especular al margen de la realidad exterior (14). En Descartes, como punto de arranque, pensamiento es todo aquello de lo que somos conscientes por nosotros mismos. El ámbito del pensamiento se sitúa junto al de las cosas, de modo que ambos constituyen una totalidad diferenciada. Pero la *distincio* entre pensamiento y cosa es ya *realis* en Spinoza: dada la diversidad entre cosa y pensamiento, no cabe ya una oposición entre ellos. Leibniz alza el plano de ambas realidades, a quienes caracteriza como *regne de la Nature* y *regne des Esprits*. Paralelamente se hace sentir en el viejo topos «Derecho natural» la escisión introducida por la nueva filosofía. En la distinción admitida por Pufendorf entre *entia physica* y *entia moralia* (15), la idea deja de

(13) Este diagnóstico, en ROMBACH, H.: *Die Gegenwart der Philosophie*, 2.ª edición, 1964, Freiburg i. Br./München, págs. 88 y sigs.

(14) Sobre el proceso histórico del vocablo, BARTH, H.: *Wahrheit und Ideologie*, 2.ª ed., Erlenbach/Zürich/Stuttgart, 1961. En sentido informativo, y con referencias bibliográficas, TOPITSCH, E., voz *Ideologie*, en «Staatslexikon», t. IV, 6.ª ed., 1959, Freiburg i. Br., cols., 193-201; MAUS, H.-BIRNBAUM, N., voz *Ideologie*, en «Religion in Geschichte und Gegenwart», vol. III, Tübingen, 1959, cols., 566-572. Una selección de textos, LENK, K.: *Ideologie, Ideologiekritik und Wissenssoziologie*, 2.ª ed., Neuwied, 1964. El tema del «futuro de las ideologías», con amplia bibliografía, cae fuera de nuestro propósito. Cfr. también EMGE, C. E.: *Das Wesen der Ideologie* (Akademie der Wissenschaften und Literatur, Abt. Geistes- und Sozialwissenschaften, 1961, Nr. 1), Wiesbaden, 1961.

(15) Sobre él, WOLF, E., *ob. cit.*, págs. 311 y sigs.; Idem: *Des Problem des Na-*

ser lo que era en la tradición filosófica: el principio categorial o trascendental de la naturaleza, que ahora, al prescindirse de tal instancia, queda al margen de un «alma», de un «fin». La naturaleza se entiende a partir de sí misma. El *mundus intelligibilis* queda más allá de las preocupaciones del matemático, el físico o el político.

Si, de un lado, la circunscripción del objeto permite aumentar el grado de exactitud de la ciencia, la filosofía, por su parte, afina el alcance de sus principios, pero en su solipsismo pierde contacto, tanto con la experiencia cotidiana como con la científica. Mas los sistemas elaborados por ella quedan en el aire, esto es, se agotan en sí mismos, escapan a todo control. La filosofía corre peligro entonces de amanerarse, de convertirse en capricho subjetivo, en ideología. Sólo los mismos acontecimientos posteriores prestarán a la idea un carácter ominoso, en cuanto que popularizado este modo de filosofar por los *idéologues*, plasma en aquellas formas que dan pie a la crítica de las ideologías de Marx, para quien la filosofía intenta imaginarse realmente algo, sin imaginar algo real.

Naturalmente, en la filosofía de la modernidad se afirma la superioridad del «mundo del espíritu» frente al de la naturaleza, a la que se califica de simple fenómeno, de fragmento de un todo, del que la ciencia no sabe dar razón. La filosofía, por el contrario, es una explicación total, cosmovisión, un dar sentido. Pero la legitimidad de tal explicación es problemática, como se manifiesta, por ejemplo, en Pufendorf, para quien los *entia moralia* son *impositiones* de una voluntad, divina o humana, en conformidad, en última instancia, con una pretendida «cosa en sí», equidistante, tanto de la experiencia cotidiana como de la científica, de cuyas «groseras formulaciones» trata de liberarse: así, respectivamente, como indicios de estos dos extremos a evitar, la teoría de los *ídola* de Francis Bacon, y la *scientia generalis* de Leibniz. Pero si la filosofía da sentido de totalidad a partir de la propia conciencia de quien filosofa, la pluralidad de cosmovisiones, comparativamente de igual valor, hace de la filosofía una ideología: al pensamiento le afecta como dimensión la perspectividad. Sobre esa base, un enfrentamiento filosófico con la realidad se expresa sólo en «juicios de valor», que no han de confundirse con una información. La filosofía «traduce» la realidad y le confiere, en su esfera, propio lenguaje, consignado en fórmulas, axiomas y leyes, que constituyen un sistema cerrado. El estilo de la filosofía moderna es manierista.

Al mismo tiempo, dada la fisonomía del nuevo fenómeno de la opinión pública, es posible, con éxito, alcanzar una trivialización de las «concep-

turrechtslehre, 3.^a ed., Karlsruhe, 1964, págs. 134 y sigs.; WELZEL, H., *ob. cit.*, páginas 156 y sigs.; WIBACKER, F., págs. 306 y sigs.

nes totales», de carácter subjetivo. En este estadio de popularización de la filosofía, dar sentido a la realidad es tanto como interpretar el presente para mantenerlo en su situación actual, o modificarlo en función de una utopía de futuro. La ideología toma así cuerpo, y resulta inexpugnable, tanto en el plano teórico como en el práctico. En el teórico, puesto que, como señala Mannheim, la ideología propiamente dicha es «total», por lo que cualquier crítica formulada «fuera de» esa totalidad no afecta a sus fundamentos, ya que queda excluida del propio horizonte excluyente de la ideología. Prácticamente esto lleva a que la ideología se afirme sobre sí misma y declare «enemigas» a las demás pretensiones de exclusividad. La hostilidad puede contenerse, a lo sumo, en un compromiso. Al final del proceso no puede rastrearse ni siquiera una huella de una filosofía que a sí misma se considere insuficiente, en perpetua toma de conciencia de sí misma. El problema se agrava en cuanto que toda crítica a la ideología se enmarca en los supuestos de la misma ideología combatida, bien se trate, con Ernst Bloch, por ejemplo, de impulsar hacia adelante la ideología, para que la claridad del mañana acabe dominando sobre la oscuridad del presente, bien se trate de admitir soluciones finales que, con una ideología de progreso, consideren todo lo anterior a su aparición como «prolegómeno», como historia que una tecnocracia, que se tiene a sí misma como poshistórica, ha superado.

Metodológicamente, el conflicto ideológico se presenta como dialéctica negativa. El prejuicio, que no había sido descalificado por la teoría del conocimiento de la modernidad, y que incluso constituye un ingrediente bien dosificado del «gusto», es objeto de la tercera instancia crítica de Kant. Pero el prejuicio, en exilio, desprovisto de función cognoscitiva, se reduce a partir de ese momento, para una sociología del saber, en estática dependencia de todo saber respecto del entorno social, y dinámicamente, para una crítica ideológica, en técnica de desenmascarar al adversario, enfrentándose a él no en función de sus argumentos, sino en función de los «presupuestos» de los mismos. Una cosmovisión queda aniquilada desde el momento en que se le presentan a la vista sus condicionamientos sociales, individuales o de cualquier tipo. La teoría del conocimiento se convierte en psicología profunda de una recóndita mala fe.

II

IDEOLOGÍA Y CRÍTICA DE LA IDEOLOGÍA
EN LA TEORÍA JURÍDICA

3. IDEOLOGÍA Y TEORÍA PURA DEL DERECHO.—Aunque el positivismo jurídico (16) sea un fenómeno complejo y polivalente, que no ha de confundirse, aunque corra paralelo a él, con el positivismo científico, cabe afirmar de él que no está al margen del conflicto ideológico. La equívocidad del pensamiento kantiano se echa de ver en el mismo lenguaje en que se expresa. Inmerso en el intento «ilustrado» de dar con un sistema de la ciencia del mundo, distingue Kant entre «cosa» y «saber sobre la cosa» y «mundo» y «saber sobre el mundo» u ontología. Hasta aquí, pues, sigue la línea trazada por la filosofía de la modernidad. Lo peculiar de su aportación reside quizá en que, al preguntarse por la «realidad objetiva» de tal ontología, llega a la conclusión de que no puede ser una «cosa» objeto de experiencia, existente, sino fundamento que posibilite lo existente: aquí no hay relación mediata entre sujeto y objeto de conocimiento, como en la

(16) Sobre el positivismo jurídico, en su evolución histórica, LARENZ, K.: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín-Göttingen-Heidelberg, 1960, págs. 34 y siguientes; quien, sin embargo, excluye al pandectismo de la corriente positivista, por lo que puede afirmar: «Für die Naturwissenschaften, nicht aber für die Ethik und die Rechtslehre konnte er (der Positivismus) sich bis zu einem gewissen Grade auf die Erkenntnistheorie Kants berufen» (pág. 35). WIEACKER, F., *ob. cit.*, considera dentro del positivismo jurídico, tanto la pandectística (págs. 430 y sigs.) como el naturalismo (páginas 558 y sigs.). WOLF, E., *ob. cit.*, advierte que «die positivistische Hochschätzung des Gesetzes recht verschiedene geistige Hintegründe hat» (pág. 593). Cfr, además, LEGAZ, L.: *Filosofía del Derecho*, 2.ª ed., Barcelona, 1961, quien distingue entre orientaciones formalistas (págs. 109 y sigs.) y sociológicas (págs. 138 y sigs.); RECASENS, L.: *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, México, 1956; Idem: *Rivoluzione teorica e pratica nell'interpretazione del diritto*, «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 39 (1962), págs. 409 y sigs. Para un análisis general del positivismo, KILSEN, H.: *Was ist juristischer Positivismus?*, «Juristenzeitung», 1965, págs. 465-469; VIEHWEG, Th.: *Que veut-on dire par positivisme juridique?*, «Archives de Philosophie du Droit», 10 (1965), págs. 181-190; BARATTA, A.: *Positivismo giuridico e scienza penale*, Milano, 1965; SCARPELLI, U.: *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965; en el área anglosajona, SHUMAN, S. I.: *Legal Positivism*, Detroit, 1963. También, GONZÁLEZ VICÉN, F.: *El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporáneo*, REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS, 31 (1950), págs. 31-77, 32 (1950), págs. 13-59; *Sobre los orígenes del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo*, «Anuario de Filosofía del Derecho», 8 (1961), págs. 47-75; *Sobre el positivismo jurídico*, en «Homenaje al Profesor Giménez Fernández», vol. II, Sevilla, 1967, págs. 1-35.

experiencia que tiene por objeto una cosa. En realidad, no hay tal «objeto» de conocimiento, sino los presupuestos del mismo conocer. La pureza en la exposición se mantiene hasta el momento en que se trata de caracterizar a tal presupuesto, ya que entonces tiene lugar una transposición de planos al dar una denominación a tal fundamento. «Cosa en sí» es tanto una experiencia sublimada como una *contradictio in terminis*. De ahí se derivan grandes consecuencias para el desarrollo posterior de la filosofía. En el terreno jurídico, el Derecho natural racionalista se ve reducido a su aspecto meramente formal, a sistema *a priori* como condición del conocimiento de una realidad que es ahora simplemente «cosa». La reacción ante el fallido intento idealista de crear una metafísica del sujeto reduce el positivismo al naturalismo. La sucesiva reacción, bajo la divisa programática de «vuelta a Kant», intentará una «teoría pura» de la «cosa», del «derecho positivo», mientras que la «cosa en sí» de lo jurídico adquiere dimensiones incontrolables y queda relegada al terreno de las ideologías.

La teoría pura del Derecho se considera a sí misma como crítica de la ideología (17), y simultáneamente como «ideología». La aparente contradicción se resuelve teniendo en cuenta el doble sentido que la expresión «ideología» alcanza en Kelsen. Por un lado, «ideología» es tanto como categoría trascendental autónoma, que garantiza la pureza metodológica de la teoría. *Sollen* es la condición trascendental del sentido de la norma y, como tal, categoría mental, ideología, paralelamente a como *Sein* lo es del mundo exterior (18). Con ello se constituyen en sectores autónomos e independientes las normas y los hechos, sin que éstos, como hace el marxismo (19), releguen a la norma a simple «superestructura». La realidad de las normas es, aunque diversa, tan realidad como la de los hechos, y consiste en ser sen-

(17) KELSEN, H.: *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., 1960, pág. 112: «Gerade durch diese ihre anti-ideologische Tendenz erweist sich die reine Rechtslehre als wahre Rechtswissenschaft.» Cfr. también pág. 345.

(18) Página 110: «Die Zurechnung ist ebenso wie die Kausalität ein Ordnungsprinzip menschlichen Denkens und daher *ebensowenig oder ebensowenig* eine Illusion oder Ideologie wie diese, die um mit Hume oder Kant zu sprechen auch nur eine Denkgewohnheit oder Denkkategorie ist.» El subrayado es nuestro.

(19) Cfr. referencia a la crítica marxista de la teoría pura como ideología burguesa. *Ibidem*, págs. 107 y sig., en nota. En el mismo sentido de esta crítica marxista se pronunció E. FECHNER en su ponencia *Ideologische Elemente in wissenschaftlichen Rechtsauffassungen*, leída en el Congreso de la Sección alemana de la Sociedad Internacional de Filosofía Jurídica y Social, celebrado en Colonia del 9 al 11 de marzo de 1966, y que fue replicada por O. BRUSHIN y U. KLUG. Por no haberse publicado las actas de dicho Congreso, las referencias que se hagan en adelante a él no tienen otro respaldo que nuestra presencia en dicho Congreso.

tido trascendental de un acto normativo, que en sí mismo considerado es sólo hecho y, como tal, nunca objeto de una teoría pura del Derecho (20).

Pero Kelsen, para mantener la peculiaridad de su teoría y evitar que el sentido trascendente de una norma sea mera *impositio* —a la manera de Pufendorf—, esto es, mera ideología, se ve obligado a dar un segundo sentido a ésta y a la realidad. Este segundo sentido es el propio de la crítica ideológica: todo juicio de valor, toda teoría sobre el derecho «justo» es, necesariamente, ideológica. Objeto de una teoría jurídica sólo puede ser la estructura lógica de la norma (21). Aunque Kelsen, en su nominalismo, se expresa en términos tales como «se designa como realidad», «se denomina realidad», procede, sin embargo, a una discriminación apodíctica de lo que es o no es realidad, en cuanto objeto de conocimiento científico. Que en la realidad jurídica se da también un *Wollen* —ideológico, por principio (22)—,

(20) «Und dann ist eine Rechtslehre, die nicht diese Akte (die normativen) ihrem kausalgeseztlich bestimmten Zusammenhang mit anderen Seins-Tatsachen, sondern nur die Normen beschreibt, die den Sinn dieser Akte sind und zwar in Rechtssätzen, das heißt in Gesetzen beschreibt, die nicht wie die Naturgesetze einen Kausal-, sondern einen Zurechnungszusammenhang behaupten, auf die Eigengesetzlichkeit einer Ideologie gerichtet. Dann hat die Reine Rechtslehre den Weg zu jedem Standpunkt frei gemacht von dem aus das Recht als eine Ideologie in diesem Sinne —das heißt als ein von der Natur verschiedener Systemzusammenhang— verstanden werden kann.» (*Ibidem*, pág. 111.)

(21) «Versteht man aber unter "Ideologie" nicht alles, was nicht Naturwirklichkeit oder deren Beschreibung ist, sondern eine nicht-objektive, von subjektiven Werturteilen beeinflusste, den Gegenstand der Erkenntnis verhüllende, sie verklärende oder entstellende Darstellung dieses Gegenstandes, und bezeichnet man als Wirklichkeit nicht nur Naturwirklichkeit als den Gegenstand der Naturwissenschaften, sondern jeden Gegenstand der Erkenntnis, also auch den Gegenstand der Rechtswissenschaft, das positive Recht als Rechtswirklichkeit, dann muss auch eine Darstellung des positiven Rechts sich von Ideologie... freihalten» (pág. 111) (... muss eine Theorie des positiven Rechts, die dieses mit einem Naturrecht oder sonst einer Gerechtigkeit vermengt in der Absicht, jenes zu rechtfertigen oder zu disqualifizieren, als ideologisch... abgelehnt werden) (pág. 112).

(22) KELSEN ha procedido, asimismo, a desenmascarar la mala fe de toda consideración sobre el derecho «justo». En este sentido son de señalar sus artículos, *Gott und Staat*, 1923 (ahora en *Aufsätze zur Ideologiekritik*, edit. E. TOPITSCH, Neuwied, 1964, 29-53; «Ist Gesellschaft nur als Ideologie zu begreifen, so ist Religion nur eine besondere soziale Ideologie», pág. 37); *Seele und Recht*, 1937, *Ibidem*, páginas 56-72: «Sie (die Seele) ist eine soziale Ideologie» (pág. 59); *Die Idee des Naturrechts*, 1928, *Ibidem*, págs. 73-113 (sobre el derecho natural como utopía, pág. 96); *Die platonische Liebe*, 1933, *Ibidem*, págs. 114-197, «Die "platonische Liebe" ist --soll Platon nicht gröblich missverstanden sein-- wirklich nur die Knabenliebe» (pág. 141). Pederastia que se constituye en clave interpretativa en otros dos artículos, *Die platonische Gerechtigkeit*, 1933, págs. 198-231, y *Platon und die Naturrechtslehre*, 1957, páginas 232-292.

es innegable. Parece por ello una convención metodológica considerar objeto de una teoría una realidad acotada de antemano mediante una denominación. La teoría pura puede enfrentarse con la estructura lógica de la norma, pero no puede negar que también es realidad jurídica, aunque no objeto de conocimiento científico, el querer jurídico. ¿Queda relegado este querer a algo acientífico?

4. RELATIVISMO JURÍDICO Y «TIPOS IDEALES» DE IDEOLOGÍA.—La gnoseología kantiana puede rastrearse no sólo en las formulaciones de la teoría pura, sino también en análisis de objetos de la realidad, circunscritos en espacio y tiempo determinados, y no privados por ello de ser objeto de una teoría científica. A partir de la distinción entre ciencia natural y ciencia cultural, propuesta por Rickert, intentó Max Weber tal empresa (23). Para ello comenzó por problematizar lo convencionalmente evidente (24). Por lo que hace al método, esto suponía un desdoblamiento en un doble proceso: *comprender* el comportamiento social y *explicarlo* en sus efectos, es decir, suponer en un comportamiento observado la prosecución de un fin como motivo suficiente del mismo y someter a la hipótesis, que a partir de ese dato se formula, a la comprobación de una experiencia reiterada. El método, sin embargo, se hace problemático en su aplicación cuando se enfrenta con comportamientos que no pueden incluirse en las coordenadas de finalidad racional reiterada. Aquí se pone en tela de juicio la relación entre *comprender* y *explicar*. No obstante, el fenómeno no reiterado puede ser objeto de interpretación, en cuanto que el sujeto cognoscente está vinculado intuitivamente con el objeto investigado: se dan así unos presupuestos epistemológicos que posibilitan la comprensión. La relación valorativa con el objeto no disturba la posibilidad de conocimiento científico del mismo, siempre que se mantenga el primado metodológico de la *libertad valorativa*, por el que, aun

(23) MAX WEBER es tema de actualidad en la discusión sobre la metodología de las ciencias sociales. Cfr. por ejemplo, las actas del XV Congreso Alemán de Sociología, *Max Weber und die Soziologie heute*, Tübingen, 1965. De la reciente bibliografía: BAUMGARTEN, E.: *Max Weber*, Tübingen, 1964; BENDIX, M.: *Max Weber*, Tübingen, 1964. Con referencia al derecho, ENGISCH, K.: *Max Weber als Rechtsphilosoph und Rechtssoziologe*, en *Max Weber, Gedächtnisschrift der Ludwig-Maximilians-Universität München*, Berlín, 1966, págs. 67-88. Notable, BRECHT, A.: *Politische Theorie* (traducción alemana), Tübingen, 1961, págs. 268 y sigs. Además, KAUFMANN, ARTHUR: *Gedanken zur Überwindung des rechtsphilosophischen Relativismus*, «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie» 46, 1960, 553-569.

(24) «Die spezifische Funktion der Wissenschaft scheint mir gerade umgekehrt: dass ihr das konventionell Selbstverständliche zum Problem wird» (*Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen, 1922, pág. 464).

reconociendo la inevitabilidad de tales relaciones de valor, se las considera no vinculantes. La ciencia social puede hacer objeto suyo el análisis de tales relaciones de valor, que condicionan no sólo la elección del objeto de conocimiento, sino también el cuadro dentro del que es posible la comprensión del mismo. Una distinción lógica entre proposiciones descriptivas y normativas se muestra en este contexto insuficiente.

En la filosofía jurídica, Gustav Radbruch participa de tales presupuestos (26). La realidad jurídica es para él continua referencia a valores y sólo puede abordarse dentro de un contexto valorativo. El contenido de los valores no es tampoco vinculante para el investigador. De ahí que mediante su *Parteienlehre* (27) incluya en la teoría jurídica el ingrediente ideológico del Derecho. El científico sólo puede aquí comprender y describir el fenómeno, pero no establecer científicamente una jerarquía de valores dentro del valor jurídico. Un análisis de la diferenciación del mismo distingue entre *justicia*, valor puramente formal, *seguridad*, mero resultado de un derecho firmemente establecido, y *finalidad*, que suministra los contenidos materiales de justicia. El *fin* a que alude Radbruch es, en cuanto exigencia, «metaempírico», si bien objetos, que caen dentro del ámbito de la experiencia, pueden realizarlo diversamente, bien como valores individuales, bien como valores colectivos, o bien como valores culturales (28). Sólo tal tipificación apodíctica de los valores puede ser objeto de formulación científica. La preferencia de un tipo ideal sobre otro no puede racionalizarse en la teoría, sino que está en función de la diversidad de tiempos, pueblos, sentimientos, religiones, ideologías. De estos presupuestos sólo puede describirse su estructura, pero no determinar su verdad o falsedad (29).

(26) Cfr. sus relaciones con LASK, WEBER, JELLINEK, en su escrito autobiográfico, *Der innere Weg*, 2.ª ed., Göttingen, 1961, págs. 61 y sigs. Sobre RADBRUCH, fundamental, WOLF, E., *o. c.*, págs. 713 y sigs.; BRECHT, A., *o. c.*, págs. 281 y sigs.

(27) Sobre la *Parteienlehre*, cfr. *Rechtsphilosophie*, 6.ª ed., Stuttgart, 1963, páginas 156 y sigs.

(28) «Wenn die Frage nach dem Zwecke des Rechts gestellt wird, so wird nicht etwa nach dem empirischen Zwecksetzungen gefragt, die das Rechts hervorgebracht haben mögen, sondern nach der überempirischen Zweckidee, an der das Recht zu messen ist» (*Rechtsphilosophie*, págs. 146 y sig.). «Es gibt im ganzen Bereich der Erfahrungswelt nur drei Arten von Gegenständen, die absoluter Werthhaftigkeit fähig sind: menschliche Einzelpersönlichkeiten, Menschliche Gesamtpersönlichkeiten, menschliche Werke» (*Ibidem*, pág. 147). También *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 3.ª ed., Göttingen, 1963, págs. 27 y sigs.

(29) «Die Wissenschaft muss sich darauf beschränken, diese drei Wertgruppen zur Entscheidung bereitzustellen. Sie dient dieser Entscheidung... indem sie die weltanschaulichen Voraussetzungen jeder wertenden Stellungnahme aufdeckt» (*Vorschule*, página 29).

Lo decisivo de este relativismo metódico no es tanto su posible inconsecuencia, su problemático mantenimiento o quiebra en el último Radbruch, con sus formulaciones de carácter ontológico sobre los «derechos humanos», «la naturaleza de las cosas» o el «derecho supralegal» (30), sino más bien el poder comprobar si el contenido empírico de estos tipos valorativos que, una vez establecidos, por decisión que escapa a toda justificación última, y que condiciona todo teorizar sobre el Derecho, puede explicarse en función de una realidad concreta, actual. Es decir, si estamos ante la teoría de una *praxis* concreta o ante la teoría apriorística de una posible realidad. El neokantismo de Radbruch, sin embargo, le impidió enfrentarse con este tema.

5. LA «NATURALEZA DE LAS COSAS» COMO LEGITIMACIÓN DE LA «PRA-XIS».—Si se pretende mantenerse en el dualismo metódico de la filosofía de la modernidad y al mismo tiempo mostrar, por lo que hace al Derecho, que el sujeto puede formular en la situación concreta contenidos normativos de carácter objetivo, se habrá dado con el punto de apoyo capaz de remover todas las aporías metodológicas que se ciernen sobre el jurista. Werner Maihofer, situado en este callejón aparentemente sin salida, se ha atrevido a afirmar que el jurista es, en tal tesitura, el antiideólogo por excelencia (31). Para él no es el Derecho «hecho ideológico», sino instancia crítica frente a las ideologías. Hasta llegar a esta afirmación, Maihofer avanza por un camino intermedio entre lo ideológico —en sentido de lo trascendente— y lo lógico: pretende así equidistar de las dos actitudes hasta ahora examinadas (32).

Los presupuestos metodológicos, sin embargo, se mantienen: la distinción originaria entre *entia physica* (objetividad) y *entia moralia* (intersubjeti-

(30) Sobre el último RADBRUCH, cfr. *Vorschule*, págs. 29, 113 y sigs.; *Die Natur der Sache als juristische Denkform* (ed. aparte), Darmstadt, 1960; *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, ahora en *Der Mensch im Recht*, Göttingen, 2.ª ed., 1961, páginas 111 y sigs. Sobre el tema de la continuidad o ruptura en la obra del último RADBRUCH, cfr. WOLF, E.: *Evolution or Revolution in the Philosophy of Law of Gustav Radbruch*, «Natural Law Forum», 3 (1958), 1-23; BARATTA, A.: *Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs*, «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 45 (1959), 505-537; ENGISCH, K.: *Radbruch als Rechtsphilosoph*, *Ibidem*, 38 (1949-50), 305-316. También, LOHMANN, W.: *Versuch einer methodologischen Erörterung der Radbruchschen Rechtsphilosophie. Zugleich Beitrag zum Thema "Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie"*, Esslingen a. N., 1964; BONSMANN, P.: *Die Rechts- und Staatsphilosophie Gustav Radbruchs*, Bonn, 1966.

(31) Tal afirmación en el Congreso citado, nota 19, donde W. MAIHOFFER debatió el tema *Ideologie und Recht*. Algunos de sus puntos de vista aquí reseñados toman pie de la discusión suscitada por dicha ponencia.

(32) Sobre este propósito, cfr. *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechts ontologie*, Frankfurt a. M., 1954, págs. 51 y sigs.

vidad) (33). Entre ambos se alzan, como puente de unión, las relaciones de hecho de la vida (*Lebenssachverhalte*). Tales relaciones son de naturaleza compleja; pueden describirse como situaciones jurídicas localizables en el mundo exterior y no reducibles a estructuras immanentes a los conceptos jurídicos (34), sino a «objetivaciones» que resultan de una sublimación de la objetividad en la subjetividad, y viceversa. Tales objetivaciones son incorporadas concretamente por individuos, en calidad de comprador o vendedor, arrendador y arrendatario, etc., esto es, por individuos en situaciones sociales que, aunque objetivadas, se constituyen, sin embargo, a partir de una subjetividad (35). Las situaciones en las que existen los hombres como padre e hijo, comprador y vendedor, se reclaman mutuamente y justifican expectativas de los demás de que el otro, que juega ese determinado papel, actuará de acuerdo con la «naturaleza» de la situación en que se encuentra. El objeto de dicha expectativa es un «deber ser», inscrito en la «naturaleza de las cosas» de la situación, y posee una estructura objetiva. Esa cotidianidad en las expectativas vinculadas al hombre medio constituye el orden social (36), y de ella no cabe interpretación ideológica, ya que los complejos normativos descritos se constatan en la realidad, son objeto de experiencia.

Con ello, sin embargo, Maihofer corre el peligro de considerar «justo» simplemente lo «dado», en cuanto realidad, de la que se derivan unívocamente principios normativos. En consecuencia, tampoco se habría evitado la injerencia de la ideología, y más bien, al considerar axiomáticamente los

(33) Cfr. *Die Natur der Sache*, «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 44 (1958), 145-174. Sobre este artículo, la crítica de I. TANEMELO: *The nature of Facts as a juristic "Topos"*, *Ibidem*, Beiheft, 39, 1963, págs. 237-261, y en versión italiana, aquí consultada, *La natura dei fatti come "topos" giuridico*, «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 40 (1963), 655-683, principalmente, págs. 665 y sigs. Ya antes, BARATTA, A.: *Natura del fatto e diritto naturale*, «Riv. Int. Fil. del Dir.», 36 (1959), 177-228.

(34) En *Droit naturel et nature des choses*, ARSP, 51 (1965), 233-262, clasifica MAIHOFFER las tesis referentes a la «naturaleza de las cosas» en dos grupos, según que tal denominación haga referencia a los conceptos (págs. 241 y sigs.) o a las situaciones jurídicas (págs. 249 y sigs.). El incluye su postura dentro de ese segundo grupo, si bien contrapone su teoría «antropológica» a la «ideológica» de RADERUCH.

(35) «In diesen Lebensgestalten ragt der Mensch aus der Subjektivität hinaus in der Objektivität übereinzelnier Seins- und Sinnzusammenhänge der Welt im Ganzen, in denen er existierend im wahren Sinne des Wortes "zu Stande" kommt» (*Die Natur der Sache*, pág. 162).

(36) «... das institutionelle Naturrecht, das im Existenzial des Alsseins gründet, von dem her sich der Sinn unseres Daseins aus jenen Weisen des In-der-Welt-seins bestimmt, auf deren der "Natur der Sache" immanente Sinnvorgegebenheiten wir in allen unseren Ordnungsgestalten der Zuordnung und Gleichordnung treffen» (*Vom Sinn menschlicher Ordnung*, Frankfurt a. M., 1956, págs 72 y sig.).

datos de hecho, estaríamos ante una confirmación del positivismo jurídico (37). Ante tal posibilidad, pero sin dejar de lado la virtualidad antiideológica de la «naturaleza de las cosas», Maihofer propone el principio complementario de la «determinación del hombre» (38), capaz de prestar un sentido dinámico a su teoría, en cuanto que bajo «determinación» no se entiende realización de una genérica naturaleza humana, sino el proyecto que el hombre lanza sobre su existencia, por lo que su sustancialidad se determina en el acontecer histórico, y no fuera de él (39). Tal proyección se lleva a cabo, no obstante, en el contexto social, por lo que «determinación del hombre» y «naturaleza de las cosas» se constituyen como polos complementarios. Para paliar los antagonismos resultantes de esta polaridad, Maihofer introduce una justificación racional de las exigencias de comportamiento recíproco, formulable en principios válidos en cualquier orden humano: el *principio de reciprocidad* de la llamada «regla de oro» y el *principio de universalidad* del imperativo categórico. Pero, con ello no nos estamos refiriendo a la realidad concreta, sino a un estado ideal de cosas, del que se deducen normas, más o menos efectivas, y exigencias de rectificación de una estructura social y cultural determinada, en la que, en caso extremo, pueden darse situaciones sociales que exigen no una modificación de lo dado, sino el cambio de la misma estructura. Allí donde la «naturaleza de las cosas» se muestra impotente para modificar una sociedad (40), la «vocación humana» exigiría una revolución de las relaciones cotidianas.

Tal utopía creadora de la «vocación humana» que se realiza en «dialéctica objetiva», ya apuntada, por lo demás, por Ernst Bloch (41), se reitera, por ejemplo, en Nicos A. Poulantzas, para quien, al proceder a cualquier comprensión de las realidades jurídicas, hay que admitir previamente una

(37) En este sentido la crítica de Stone, J.: *"The nature of Things" on the Way to Positivism?*, ARSP, 50 (1964), 145-165.

(38) Cfr. *Droit naturel*, cit., y ya antes, *Naturrecht als Existenzrecht*, Frankfurt a. M., 1963; *Recht und Existenz*, en *Vom Recht*, Hannover, 1963, págs. 161-188.

(39) «... das, was wir gemeinhin Naturrecht nennen, (hat) seinen Grund nicht in einer schon vorhandenen Wesenssubstanz des Menschen, sondern in der je sich ereignenden Weltexistenz, auf die hin der Mensch in seinen naturrechtlich genannten Wesensbestimmungen je geschichtlich sich entwirft» (*Naturrecht als Existenzrecht*, página 21).

(40) «Toute explication et justification des faits et des actes sociaux par rapport à la nature des choses ne peut donc jamais surmonter l'état des choses déterminé par la facticité sociologique et idéologique d'une certaine société» (*Droit naturel*, cit., página 260; subrayado de MAIHOFFER).

(41) Cfr. *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt a. M., 1961, págs. 164 y siguientes, 172 y sigs.

dialéctica de valores y necesidades social e históricamente concretos (42). La mediación entre «ser» y «deber ser», entre hecho y norma, se da en el plano ontológico de la misma existencia humana en su realización social; plano que constituye el substrato del fenómeno jurídico, y que suministra contenidos materiales a las normas. Como ya encontramos en Maihofer, se admite aquí una objetividad de la totalidad estructural y directriz de hecho y valor, concretada en la *praxis* por medio de la libertad humana. En la «naturaleza de las cosas» se encuentran realizaciones de valores, llevadas a cabo por la *praxis* humana: «naturaleza de las cosas» es, así, «naturaleza del devenir».

Esta ontología se expresa radicalmente, puesto que su último fundamento está en la libertad, y para ella no tiene sentido preguntarse por el fundamento de esa libertad. La prohibición de formular la pregunta no invalida, sin embargo, su legitimidad. El hecho de la libertad no está en el poder de esa misma libertad: de ahí la definitiva impotencia de la libertad, que se abandona a sí misma. No cabe justificación racional de la *praxis* (43).

III

DE LA TEORÍA ANALÍTICO-NORMATIVA A LA ARGUMENTACIÓN

6. TEORÍA ESTRUCTURAL DEL DERECHO Y CRÍTICA DE LA IDEOLOGÍA.— Hasta ahora parece insinuarse que un análisis racional del sentido de la norma se muestra un imposible. Queda, no obstante, por considerar la viabilidad del intento de llevar a cabo una reducción total de la intencionalidad dentro de la realidad jurídica para hacer objeto exclusivo de conocimiento una estrategia de comportamientos sociales estimulados, cuya observación permite obtener normatividades de alcance general.

Como punto de partida se declara ideológica la distinción entre hecho y valor, entre ser y deber ser. Tal es el empeño, por ejemplo, de Ernst Topitsch (44), para quien el dualismo metódico apuntado puede reconducirse a la mentalidad prehistórica, para la que el alma se constituye entidad separada del cuerpo; concepción que irrumpe en la filosofía platónica, puede

(42) *Vers une ontologie juridique actuelle*, ARSP, 50 (1964), 183-205. Modificaciones posteriores en *A propos de la théorie marxiste en droit*, «Archives de Philosophie du Droit», 12 (1967), 145-162.

(43) En este sentido, ROMBACH, II., *o. c.*, págs. 77 y sigs.

(44) *Das Verhältnis zwischen Sozial- und Naturwissenschaften*, en *Logik der Sozialwissenschaften*, edit. por E. TOPITSCH, Köln, 1965, págs. 57-69. También, *Seelenglaube und Selbstinterpretation*, en su colección de artículos, *Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft*, Neuwied, 1961, págs. 155-200.

rastrear en el yo trascendental kantiano y se reitera en todos los neokantismos. El Derecho natural participa de esa escisión en dos diversos dominios: se supone que existe un «alma» en el «cosmos» o en la «naturaleza humana», lo que constituye una falacia ideológica en cuanto que tales teorías admiten como base propia estructuras del hombre y del cosmos, ya lastradas con puntos de vista valorativos, de los que se deduce aquello que se cree dado en la realidad (45). En una segunda fase del proceso ideológico, toda formulación sobre la «naturaleza» del cosmos o del hombre se reviste con ropaje científico, adoptando fórmulas que aparentemente se refieren a hechos, cuando en realidad ocultan un juicio valorativo. Al estar dotadas tales fórmulas de amplia ambigüedad y escaso contenido pueden ser manipuladas en función de cualquier realidad concreta (*Leerformeln*) (46). Científicamente no cabe sino desenmascarar esas fórmulas vacías, señalando sus presupuestos.

En el mismo sentido se había expresado anteriormente Theodor Geiger, ya clásico definidor de la crítica positivista a la ideología (47). En cuanto a teoría, la ideología de la justicia sólo puede ser eliminada por una teoría positiva del Derecho, a desarrollar por una sociología jurídica. Sociología jurídica y crítica de la ideología coinciden (48). Si el legislador, por motivos subjetivos, formula para una situación concreta normas que no tienen en cuenta los datos objetivos de aquélla, la norma es sólo fórmula ideológica. Y aun cuando una norma, en el momento de su promulgación estuviera en con-

(45) E. TOPITSCH describe el proceso ideológico en términos de «normative Elemente in die vermeintliche Struktur des Kosmos oder des Individuums hineinzulegen, die daraus zirkelhaft wieder abgelesen werden konnten» (*Restauration des Naturrechts? Sachgehalte und Normsetzungen in der Rechtslehre*, en *Sozialphilosophie*, cit., pág. 60).

(46) En las *Leerformeln* ha de señalarse el influjo de las *dennegazioni* de PARETO y del «contenido informativo y normativo de los conceptos» descrito por K. POPPER (así, por ejemplo, de este autor, *Naturgesetze und theoretische Systeme*, en *Theorie und Realität*, edit. por H. ALBERT, Tübingen, 1964, págs. 87 y sigs.). Un análisis de la estructura ideológica de los «derechos humanos» puede hallarse en TOPITSCH, E.: *Die Menschenrechte. Ein Beitrag zur Ideologiekritik*, «Juristenzeitung», 18 (1963), 1-7; «Die Sprache zumal der früheren Deklarationen der Menschenrechte ist diejenige der politischen Rhetorik, nicht die der juristischen Begrifflichkeit» (pág. 3).

(47) Así: «Jede Ideologie beruht auf der Theorisierung und Objektivierung eines primären Gefühlverhältnisses, das zwischen dem Sprechenden und einem Objekt besteht» (*Ideologie und Werturteil. Kritische Bemerkungen zum Begriff der Ideologie*, 1949, ahora en LENK, K., cit., en n. 14, págs. 180-186, aquí pág. 183).

(48) «... eine allgemeine Rechtslehre die nicht in den Gedankensümpfen der Metaphysik und Ideologie festfahren will, von soziologischen Ausgangspunkten her entwickelt werden muss, ja mit der theoretischen Rechtssoziologie zusammenfällt» (*Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 2.ª ed., Neuwied, 1964, pág. 9. Cfr. también páginas 31 y sig.)

sonancia con la realidad subyacente, si ésta ha evolucionado posteriormente, relega la norma a fórmula ideológica: la fórmula semántica, aparentemente lógica, no sólo puede carecer de objeto (49), sino que incluso puede referirse a una ilusión, a una pretendida realidad. La estructura lógica del Derecho ha de ser constantemente rectificada por la sociología jurídica (50).

Tal crítica a las ideologías parte de un concepto positivista de ideología, según el cual toda afirmación que no satisfaga las condiciones positivistas de cientificidad queda descartada como a-científica. Lo que supone, a su vez, que toda metodología que no corresponda a la positivista es asimismo falsa. De ahí que puedan señalarse diversos intentos, que más allá de la crítica tienden a formular una teoría del Derecho sobre la base metodológica de las ciencias experimentales. Tal es, por ejemplo, el propósito de la «teoría estructural del Derecho» de Jürgen von Kempfski (51), quien cree poder formular tal teoría jurídica conforme al modelo de una teoría matemática de la economía, es decir, conforme a una teoría de la acción estratégica. La racionalidad no sólo alcanza aquí a los medios idóneos para lograr un fin, sino también a la elección de estrategias, que se desarrollan posteriormente en función de máximas racionales. Entre ciencia natural y ciencia nomológica se da esta diferencia radical: mientras aquella objetiva normas a partir de uniformidades de los fenómenos, ésta, conforme a una ley de libertad, sólo formula reglas de comportamiento de carácter hipotético. Estas prognosis o máximas condicionadas tienen por objeto, en el Derecho, la concordancia de acciones concomitantes, de manera que pueda lograrse una acción común en el ámbito social. La «máxima» puede calificarse en este caso de «principio de unanimidad». El plan abstracto de tal unanimidad clasifica a las acciones en «conformes a Derecho», «contrarias a Derecho» o «jurídicamente neutras». Un ordenamiento jurídico es lógicamente coherente cuando son compatibles entre sí dos acciones conforme a Derecho atribuidas a distintos sujetos: un ordenamiento carece de lagunas cuando respecto de toda acción posible puede determinarse la correspondiente calificación jurídica.

En sentido analítico-normativo ha de entenderse el intento más amplio

(49) En este sentido, ROSS, Alf.: *On Law and Justice*, London, 1958, págs. 59 y siguientes.

(50) GEIGER ha llevado a cabo mediante su sociología jurídica una crítica de la ideología implícita en conceptos tales como derecho subjetivo (*Sociologie*, pág. 239), «naturaleza de las cosas» (págs. 255 y sigs.), obligatoriedad jurídica (pág. 278) o legitimación del Poder (pág. 362).

(51) *Gedanken zu einer Strukturtheorie des Rechts*, ARSP, 43 (1957), 471-485; *Grundlegung zu einer Strukturtheorie des Rechts* (Akademie der Wissenschaften u. d. Literatur, Geisteswissenschaftenabt., 2, 1961), Mainz, 1961; *Recht und Politik, Studien zur Einheit der Sozialwissenschaft*, Stuttgart, 1965, págs. 27 y sigs., 36 y sigs.

de Herbert Lionel A. Hart, que a través de ese método pretende llegar a la formulación de una definición real, no meramente nominal, del sistema legal (52), partiendo para ello de una sociología descriptiva (53). Como estructura del Derecho ha de considerarse la unidad, dentro de un sistema legal, de normas primarias y normas secundarias (54). Las normas del primer tipo, o básicas, imponen deberes, mientras que las del segundo tipo confieren poderes, públicos o privados; las primarias tienen por objeto las acciones del particular, mientras que las secundarias reconocen la existencia de dichas acciones, modifican una situación dada o sancionan una violación (55). Conforme a ello, un sistema legal existe desde el momento en que las normas que imponen deberes son generalmente obedecidas y, asimismo, las normas secundarias constituyen *standards* de las conductas de quienes de oficio las aplican. En ambos planos —el de la soberanía sobre los súbditos, a quienes se dirigen las normas primarias, y el de la soberanía sobre jueces y funcionarios por lo que respecta a las normas secundarias— se plantea la cuestión del fundamento de la obligatoriedad de dichas normas. Dentro de la obligatoriedad diferencia Hart un aspecto «interno» y un aspecto «externo» de la misma. El externo se reduce simplemente a una constatación de hecho; el sistema es vigente en cuanto que es obedecido por motivos que no pueden reducirse ni a un simple sentimiento ni a una simple obligatoriedad moral. El interno es de carácter crítico y se ocupa de la conducta de quienes aplican las leyes. En este análisis de la obligatoriedad se evidencia una *petitio principii* en cuan-

(52) *The Concept of Law*, Oxford, 1961, págs. 6, 13 y sigs. y 234.

(53) *Ibidem*, prólogo, VII.

(54) «... many of the ideas which constitute the framework of legal thought, require for their elucidation reference to one or both of these types of rule, that their union may be justly regarded as the "essence" of law...» (*Ibidem*, pág. 151).

(55) *Ibidem*, cap. V. La distinción había sido ya expuesta por HOHFELD, en la segunda década de este siglo. Sobre ella, cfr. ahora HILLOP, D. J.: *The Hohfeldian System of fundamental Legal Conceptions*, ARSP, 53 (1967), 53-87. En los términos en que tal distinción se mantiene en HART, ha sido objeto de crítica por L. L. FULLER: *The Morality of Law*, New Haven and London, 1964, págs. 133 y sigs.: «It follows then that if Hart is to preserve his key distinctions he is compelled to assume that the lawmaking authority cannot be lawfully revoked. In his whole analysis of the rule of recognition it seems to me Hart has fallen into a familiar trap properly dreaded by all of us in the field of jurisprudence. He is applying to the attitudes that bring into being and support a legal system juristic distinctions that can have no meaning in this application. There is no doubt that a legal system derives its ultimate support from a sense of its being «right». However, this sense, deriving as it does from tacit expectations and acceptances, simply cannot be expressed in such terms as obligations and capacities» (pág. 138). Basándose en la ambigüedad de la distinción de HART, mantiene la imposibilidad de una definición real del derecho SARTORIUS, R.: *The Concept of Law*, ARSP, 52 (1966), 161-190.

to que se trata de inquirir si dentro del sistema se encuentra aquella instancia que fundamente tal obediencia de hecho (56). *Standards* de conducta efectivamente vigentes no exigen por sí mismos carácter racional ni excluyen la presencia en ellos de criterios ideológicos, Hart, dentro del sistema legal, intenta admitir coherentemente un «contenido mínimo» de Derecho natural, interpretado como «necesidad natural» y reducido a cinco *good reasons*: «vulnerabilidad humana», «igualdad aproximada», «altruismo limitado», «recursos limitados» y «conocimiento y fuerza de voluntad limitados» (57). Si se afirma que sobrevivir es fin propio de toda actividad humana, con el convencimiento de que este fin, en plano teórico, es un «elemento central indiscutible», los contenidos de tal axioma, sin embargo, exigen una interpretación, desde la situación concreta, sobre lo «bueno» o lo «malo» en determinadas actitudes de sobrevivencia. Tal problema valorativo escapa del marco de la distinción entre normas primarias y normas secundarias.

Ante el resultado negativo de los diversos intentos de una teoría analítico-normativa de la realidad jurídica, que excluya de su ámbito la instancia ideológica, cabe resignadamente admitir que sobre el valor a realizar por el Derecho puede darse tanto una ideología como una teoría, así como criterios objetivos que permiten distinguir una de otra (58). De ahí arranca el intento de Enrico di Robilant (59). Ya que externamente no son ambas diferenciables, hay que partir por sentar aquellos criterios que permitan calificar de

(56) La pregunta es tanto más perentoria ya que tal distinción entre los aspectos «interno» y «externo» pretende ser clave de la interpretación no sólo de la realidad jurídica, sino también de la social. «The following contrast again in terms of the "internal" and "external" aspect of rules may serve to mark what gives this distinction its great importance for the understanding not only of law but of the structure of any society. When a social group has certain rules of conduct, this fact affords an opportunity for many closely related yet different kinds of assertion; for it is possible to be concerned with the rules, either merely as an observer who does not himself accept them, or as a member of the group which accepts and uses them as guides to conduct. We may call these respectively the "external" and the "internal points of view"» (HART: *The Concept of Law*, pág. 86).

(57) Cfr. *Ibidem*, págs. 189 y sigs. L. L. FULLER, o. c., critica la postura de HART ya que sobrevivir no puede ser sino condición de otros fines. «Like every morality of duty this minimum natural law says nothing about the question. Who shall be included in the community which accepts and seeks to realize cooperatively the shared objective of survival? In short, who shall survive? No attempt is made to answer this question» (*The Morality of Law*, pág. 184).

(58) Cfr. un intento de diferenciación estructural entre ideología y ciencia en HOFMANN, W.: *Wissenschaft und Ideologie*, ARSP, 53 (1967), 197-211.

(59) *Teoria ed ideologia nelle dottrine della giustizia*, Turin, 1964. Sobre este libro, CAVALLA, F.: *A proposito della distinzione tra teoria ed ideologia della giustizia*, «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 44 (1967), 86-98.

científica o de ideológica a una proposición (60). Lo cual supone a su vez que se parte de un concepto determinado de ideología y de ciencia. Robilant, concretamente, echa mano del concepto de ideología que ya hemos visto emplear a Geiger o a Topitsch. La ideología se presenta con ropaje científico. Cualquier *procedimento di prova* que intente desenmascarar una afirmación ideológica no podrá dejar de constatar la analogía de estructura entre proposición ideológica y proposición científica. Tanto en uno como en otro caso se hace referencia a que se parte de los hechos y se dice algo sobre los hechos; igualmente se observa una corrección formal en el proceso lógico de formulación de una y otra. En el caso de que el objeto de especulación sea un valor, como la justicia, las implicaciones mutuas entre ideología y teoría son innegables (61). El valor puede tomarse como un hecho que, sin embargo, no se asimila en este caso a un criterio de conocimiento, sino de comportamiento. La implicación hecho-valor está, pues, más allá de un cuadro conceptual de las notas distintivas entre teoría e ideología: en toda reflexión sobre la justicia es inevitable el horizonte interpretativo. De ahí el escaso alcance de la crítica positivista de las ideologías y la necesidad de mantener en límites de racionalidad la inevitable instancia ideológica de toda teoría sobre el Derecho.

7. CRÍTICA Y TÓPICA.—Puede pensarse que la rigidez con que el tema de la verdad ha sido planteado en la filosofía de la modernidad condiciona la impotencia de cualquier metodología jurídica por superar «impurezas» al pretender formular criterios racionales de la acción social. En efecto, fracasado el intento de dar carácter total a la metodología de las ciencias de la naturaleza, cabe afirmar que no es la «verdad» sino la «exactitud» (*Richtigkeit, justesse*) la meta a alcanzar por una teoría jurídica. La verdad queda así reservada al objeto de una experiencia. La exactitud es lo propio de una argumentación coherente a partir de premisas aceptables (62). En cualquier caso el carácter «coherente» de la argumentación y el «fundado» de las premisas no han de tener sino valor aproximativo. Los conceptos jurídicos presentan una variabilidad más o menos amplia de contenido, el sentido de la norma oscila entre una *voluntas legis* y una *voluntas legislatoris*, la determina-

(60) «... le proposizioni ideologiche sono espresse in forma analoga a quella delle proposizioni delle scienze... ma non ne hanno la stessa validità» (DI ROBILANT: *Teoría ed ideología*, cit., pág. 49).

(61) *Ibidem*, págs. 150 y sigs.

(62) Así, ENGISCH, K.: *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, München, 1963, pág. 18. Sobre la distinción, por ejemplo, LIPPS, H.: *Untersuchungen zu einer hermeneutischen Logik*, Frankfurt a. M., 1938, págs. 13 y sigs.

ción de la esencia de la justicia es objeto de seculares controversias (63). Lo apodíctico parece estar excluído del razonamiento jurídico dada la limitación y relatividad de los puntos de vista individuales. Surge entonces la necesidad de confrontar esos puntos de vista, de conocer nuevos argumentos, de corregir opiniones. Tal es el proceder de la antigua dialéctica, de la tópica o doctrina de los *topoi* o *loci communi*, con referencia a los cuales se examina un problema jurídico, hasta lograr no una certeza apodíctica, sino una verdad plausible, una verosimilitud aceptable (64).

En ese marco de referencia, la relación entre el derecho y las ideologías parece, a primera vista, inevitable, ya que la tópica se muestra poco propicia a un control racional. Chaïm Perelmann (65), propugnador de una «nueva retórica», intenta alzar un puente entre la razón y la argumentación tópica. Concretándose al tema de la justicia admite que una ley es justa en la medida en que no es arbitraria, esto es, puede justificarse por otros principios más generales, que a su vez no se obtienen inductivamente a partir de la experiencia, ni deductivamente a partir de axiomas, pero que no, por ello, son irracionales ya que se puede argumentar sobre ellos. Tales principios generales intervienen en cualquier actitud reflexiva frente a una decisión a tomar: se trata de justificar un comportamiento de manera que pueda ser objeto de adhesión y de presentar como razonable la aplicación de un principio. Toda crítica respecto a una elección o comportamiento determinados supone, por otra parte, adhesión a principios o normas en función de los cuales se lleva a cabo la crítica. La crítica es, pues, a lo sumo, un conflicto de criterios que no son aceptados por todos. En otro caso, la evidencia eliminaría todo problema, toda crítica sobre criterios justificativos de una decisión (66). Toda *quaestio disputata* es, por el contrario, *res iudicanda*. Pero, ¿conforme a qué

(63) Sobre estas cuestiones, principalmente, ENGLISH, K.: *Einführung in das juristische Denken*, 3.^a ed., Stuttgart, 1964; *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3.^a ed., Heidelberg, 1963; *Vom Weltbild des Juristen*, 2.^a ed., Heidelberg, 1965.

(64) Desde el escrito de TH. VITTHWEG: *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953 (3.^a ed., 1965), así como de la obra de PERELMANN, Ch., y OLBRECHTS-TYTECA, L.: *La nouvelle Rhétorique, Traité de l'argumentation*, 2 vols., Paris, 1958, es ya común el enfrentamiento entre pensamiento tópico y pensamiento axiomático en la jurisprudencia.

(65) Además de la obra citada en la nota anterior, varios artículos recogidos en *Justice et Raison*, Bruxelles, 1963. Posteriormente, *Raisonnement juridique et logique juridique*, «Archives de Philosophie du Droit», (1966), 1-6; *Über die Gerechtigkeit*, ARSP, 51 (1965), 167-229.

(66) «Es trifft zu, dass die Suche nach allgemeingültigen Prinzipien, die den allgemein Kontext jeder Kritik und jeder Rechtfertigung liefern, ein immerwährendes Streben jeder Philosophie und besonders eines jeden Rationalismus darstellt. Aber in Wirklichkeit stehen die Kritik und die Rechtfertigung immer in einem historisch determinierten Kontext» (*Über die Gerechtigkeit*, pág. 211).

criterios? No en virtud de un criterio absoluto, que no existe (67), sino de uno que pueda ser aceptado por un «auditorio universal» (68) al que se propone. Tal universalidad de aceptación evita al filósofo o al jurista caer en la parcialidad del ideólogo: la argumentación es el polo opuesto del dogmatismo.

En este sentido hay que entender la obra de Theodor Viehweg, que aun siendo una repulsa del método axiomático en la jurisprudencia, ha visto la luz cuando no estaba en auge una «jurisprudencia de conceptos», pero sí un Derecho suprallegal o natural, cuya determinación de contenidos había sido llevada quizá demasiado lejos (69). No obstante, lo sistemático es ya patrimonio de la ciencia jurídica: de ahí la repercusión que ha encontrado el redescubrimiento de la argumentación dialéctica en la jurisprudencia actual (70). Prescindiendo del respaldo histórico que la tópica pueda encontrar en otras épocas de la ciencia jurídica (71), la actualización de la misma, lejos de signi-

(67) PERELMANN intenta una vía media entre realismo conceptual y nominalismo (Cfr. *Ibidem*, pág. 209). Sin embargo está más cerca de esta segunda alternativa ya que al interpretar el realismo filosófico imputa a éste el pretender un conocimiento claro y distinto de la verdad, cuando en realidad el conocimiento se mueve dentro de él, ciertamente que en un horizonte de verdad, pero «analécticamente» (Cfr., por ejemplo, ARTHUR KAUFMANN: *Analogie und "Natur der Sache"*, Karlsruhe, 1965, págs. 14 y siguientes). Para resaltar el alcance de su postura, desfigura PERELMANN la contraria: «Wenn man annimmt, dass jeder Mensch der Reflex einer göttlichen Vernunft ist und dass dieselben Kriterien von Gut und Böse im Herzen und Gewissen eines jeden eingeschrieben sind, so sind die Regeln in der Übereinstimmung von Autorität und Kompetenz von überhaupt keiner Bedeutung, denn jeder wird, indem er dieselben Gesetze aus sich heraus ableitet, diese in der genau gleichen Weise anwenden» (*Über die Gerechtigkeit*, pág. 213).

(68) Sobre tal noción, cfr. *Traité de l'argumentation*, vol. I, págs. 40 y sigs.

(69) Cfr. anteriormente, n. 64. Es significativo observar que el libro de VIEHWEG fue calurosamente recibido por H. COING (cfr. recensión en ARSP, 41, 1955, 436 y sigs.), uno de los repristinadores del Derecho natural en la línea de la «intuición de los valores» (para una crítica reciente de tal postura, MATZ, U.: *Rechtsgefühl und objektive Werte. Ein Beitrag zur Kritik des wertethischen Naturrechts*, München, 1966; sobre COING, págs. 23 y sigs., 79 y sigs. y 142). COING ha rectificado en cierto modo su postura frente a la tópica en *Naturrecht als wissenschaftliches Problem*, Wiesbaden, 1964.

(70) Para U. KLUG: *Lógica jurídica* (ed. española), Caracas, 1961, pág. 35; toda ciencia del derecho que no procede de manera simplemente casuística se aproxima, más o menos, al tratamiento axiomático.

(71) «Die Schrift (*Topik und Jurisprudenz*) muss nach wie vor als Vortrag gewertet werden, dessen Privilegien nun einmal Vergrößerung des Problems und Zurückhaltung in der Dokumentation sind» (WESENBERG, G., recensión del libro de VIEHWEG: *Juristenzeitung*, 1955, pág. 462). Concretamente, respecto de la relación entre retórica y jurisprudencia romana señala algunas rectificaciones, KASER, M.: *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, Göttingen, 1962; BUND, E.: *Untersuchungen zur Methode Julianus*, Köln-Graz, 1965. Un análisis del problema, ahora en WIEACKER, F., o. c., páginas 596 y sig., en nota.

ficar una repristinación, encaja perfectamente en el horizonte hermenéutico del presente. Sin pronunciarnos en el tema, más marginal por lo que hace a nuestro propósito de la incompatibilidad entre tópica y sistema en el Derecho (72), la observación de Viehweg de que la jurisprudencia no cuenta con principios axiomáticos evidentes, sino con otros que han de ser vinculados a una «lógica material», en la que la cuestión valorativa no puede resolverse apodicticamente, parece concluyente. Sin embargo, aunque el pensamiento jurídico no sea «axiomático» sino «problemático» (73), el meta-problema de la justificación racional de cada uno de los topoi se mantiene abierto. Para mitigar la rigidez de la alternativa se dice que los topoi no son verdades válidas de antemano, unívocas en su contenido y en su aplicación; sin embargo reclaman una justificación que parece hallarse, si es que existe, fuera de ellos mismos (74).

La tópica no se detiene sólo en lo metodológico, en la descripción del proceso de obtención del principio aplicable al caso concreto, sino que se le atribuye incluso la posibilidad de conducir a la formulación de un Derecho justo, más allá de la alternativa ideológica Derecho natural-Derecho positivo. Heinrich Henkel (75), quien sobre la base de la ideología kantiana distingue,

(72) K. ENGLISH, quien ha mantenido reiteradamente el carácter no axiomático del sistema jurídico, no por ello renuncia a la sistemática (cfr. *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, 1935; *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, «Studium Generale», 10 (1957), 173-190; *Aufgaben einer Logik und Methodik des juristischen Denkens*, *Ibidem*, 12 (1959), 76-87), criticó en su día el libro de VIEHWEG (cfr. reseñación en «*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*», 69 (1957), 596 y sigs.). En abierta polémica, DIEDERICHSEN, U.: *Topisches und Systematisches Denken in der Jurisprudenz*, «*Neue Juristische Wochenschrift*», 9 (1966), 697-705. Valoran positivamente la tópica: WIEACKER, F.: *Gesetz und Richterkunst*, Karlsruhe, 1958; SIEBERT, W.: *Die Methode der Gesetzesauslegung*, Heidelberg, 1958, págs. 13 y sigs.; MEIER-HAUJOZ, A.: *Privatrechtswissenschaft und Fortbildung*, «*Zeitschrift für Schweizerisches Recht*», 100 (1959), 89 y sigs., 120; BABUMLIN, R.: *Staat, Recht und Geschichte*, Zürich, 1961, págs. 26 y sigs.; HORN, N.: *Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens*, «*Neue Juristische Wochenschrift*», 20 (1967), 601-608. Ahora, la actitud conciliante de ZIPPELIUS, R.: *Problemjurisprudenz und Topik*, *Ibidem*, 20 (1967), 2229-2234.

(73) Así, VIEHWEG, 1.^a ed., pág. 15.

(74) *Ibidem*, págs. 20 y sigs. En esta dirección puede incluirse ESSER, J.: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956 (2.^a ed., 1964) para quien los principios no están dotados de un contenido del que pueda derivarse deductivamente una conclusión (1.^a ed., pág. 267). Sin embargo, admite la viabilidad de un sistema de principios en la jurisprudencia (*Ibidem*, por ej., pág. 7), así como la existencia de un *ordo naturalis* y de un sentido sólo fragmentariamente constatable, que hace del mundo un cosmos (pág. 17).

(75) *Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts*, München-Berlín, 1964.

en su análisis de la realidad jurídica, entre lo que se «presenta» (*Vorgegebenheiten*) y lo que se «propone» (*Aufgegebenheiten*) al Derecho, reduce los resultados de sus consideraciones sobre los elementos constitutivos de tales parcelas de realidad, a topoi, de los que ninguno, por sí sólo, puede dar razón última de la complejidad del fenómeno. Las estructuras sociales, en cuanto evidencian en su constitución líneas fundamentales constantes, constituyen topoi, como asimismo, por ejemplo, la idea de justicia, las estructuras lógicas del objeto (*sachlogische Strukturen*), y la seguridad jurídica, etcétera. Un catálogo exhaustivo de topoi es imposible, de manera que un elenco de ellos, válido en un momento histórico determinado, puede desprenderse de o hacerse con nuevos topoi en un momento diferente (76). A parte de la desorbitada extensión que alcanza en Henkel el concepto de topoi, hasta el punto de incluirse en él no sólo criterios o máximas, sino también hechos de experiencia, su postura no es del todo concluyente, ya que al examinar la idea del Derecho (*Rechtsidee*) y de distinguir en ella, siguiendo a Radbruch, tres aspectos —justicia, seguridad, finalidad—, intenta superar el relativismo valorativo, admitiendo que el «bien común», en cuanto «valor fundamental» (77), es capaz de coordinar tales valores de modo que ninguno de ellos pretenda una supremacía en detrimento de los otros dos. Paralelamente, tal intento de superación del relativismo se traslada a la tópica, ya que el «bien común» no es considerado en este contexto como un topos; expresamente se propugna que toda ponderación de los distintos topoi en relación con un contenido determinado de justicia ha de proceder sobre una base de «bien común» (78). Tal solución parece obedecer más a motivos de lógica interna de la exposición de Henkel que a la evidente observación de que en la historia de la «filosofía práctica» el topos «bien común» ha sido constante y, por tanto, debería ser tan relativo como cualquier otro lugar común.

Dentro del horizonte de la tópica, tal como es entendida por estos autores, es motivo dominante el enfrentamiento a una razón dogmática, a la que se califica de razón «clásica». Pero la misma tópica detenta una encarnación histórica clásica: la sofística, frente a la que se alza la reflexión filosófica en sentido estricto. Precisamente hay peligro de que se produzca un desplazamiento del auténtico problema planteado por la filosofía clásica. El sofista

(76) Sobre esto, *Einführung*, cit., págs. 418 y sigs.

(77) *Ibidem*, págs. 365 y sigs.

(78) «Die unter Berücksichtigung der massgeblichen Topoi auf der Grundlage von Gemeinwohlerwägungen gefundene Lösung darf als "richtiges Recht" bezeichnet werden» (pág. 424).

luchó contra el mito, pero el filósofo se vio obligado a hacerlo frente al sofista. El filósofo degeneró en el dogmático, hasta desembocar en el ideólogo. Un retorno del *philodoxos* no puede desfigurar la legítima exigencia del *philosophos*. Indicios de este peligro se encuentran en la trivial concepción del *common-sense* (79), cuyas vinculaciones con la *phronesis* aristotélica, y con una exigencia, por tanto, de verdad, no pueden pasarse por alto, como tampoco su parentesco con el «juicio», con el «gusto», como ya se hizo referencia anteriormente. Las actuales derivaciones de la tópica dejan pocas esperanzas de justificar racionalmente una teoría sobre el Derecho. Nos referimos, por ejemplo, a formulaciones como las de Georges Kalinowski (80), u Ottmar Ballweg (81). Este último persuadido de la problematicidad de una restauración de la tópica, busca encuadrarla en el tiempo presente, en una época que paradójicamente, y hasta la saciedad, se considera a-histórica (82). Este tipo es también el de la ciencia, que se define por su método, esto es, que, en aras de la mayor exactitud recorta una parcela de realidad a la que aplica su atención: con ello queda soslayado el peligro ideológico. La realidad jurídica, sin embargo, no permite tal tratamiento científico, ya que ha de servirse de conceptos no unívocos, tales como «sentido» o «esencia». Con ese lenguaje, el jurista, que se ve obligado a decidir en el caso concreto, ha de proceder mediante pruebas, controladas por las reglas lógicas de la argumentación. Además, el objeto sobre el que ha de recaer la decisión no puede ser recortado, ya que conecta con una totalidad dotada de sentido, interpretada por una

(79) Significativa la afirmación de PERELMANN: «... ich halte nichtsdestoweniger daran fest, dass jede Philosophie ein Appell an die Vernunft ist. Doch weicht meine Vorstellung von der Vernunft von der klassischen ab. Ich sehe in ihr nicht etwas den anderen Fähigkeiten des Menschen Entgegengesetztes. Ich begreife sie als eine bevorzugte Zuhörerschaft, als universeles Auditorium. Der Appell an die Vernunft ist nur ein Versuch, durch den Vortrag die Mitglieder dieses Auditoriums, das sich aus denen, die der *sensus communis* die vernünftigen und informierten Menschen nennen würde, zusammensetzt» (*Über die Gerechtigkeit*, pág. 225).

(80) Por ejemplo, *De la spécificité de la logique juridique*, «Archives de la Philosophie du Droit», 11 (1966), 7-23; *Application du droit et Prudence*, ARSP, 53 (1967), 161-176.

(81) *Science, Prudence et Philosophie du Droit*, ARSP, 51 (1965), 543-558; *Quelques progrès de recherches dans le domaine: Science, Prudence et Philosophie du Droit*, *Ibidem*, 52 (1966), 221-223.

(82) Ya en este sentido, por ejemplo, H. SCHELSKY: *Ortsbestimmung der deutschen Soziologie*, Düsseldorf, 1959, págs. 86 y sigs.; RITTER, J.: *Die Aufgabe der Geisteswissenschaften in der modernen Gesellschaft*, «Jahresschrift 1961 der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster», págs. 11-29; MARCUSE, H.: *One dimensional Man*, London, 1964.

teoría de base, por una teoría con función social (83). El carácter ideológico, aceptable o no, de dicha teoría, es inevitable (84).

8. HERMENÉUTICA Y DIALÉCTICA.—La repriminación de la tópica como método ha puesto de manifiesto dos aspectos de la realidad jurídica, antes apenas considerados, y que, sin embargo, condicionan toda reflexión sobre ella. De un lado, el objeto no puede reducirse a los límites de experimentabilidad propios de las ciencias de la naturaleza. De otro, la experiencia jurídica es, a diferencia de la propia de las ciencias exactas, histórica: los topoi son cristalización de una tradición histórica. Si ante estos presupuestos es imposible la comprensión del sentido de manera analítica, es algo que la actual metódica no concede fácilmente.

Ya ante la constatación de que el jurista se pregunta por el «sentido» o «esencia» de una realidad, la tópica, al formular una teoría de la argumentación, remite en último término a una teoría de la comunicación y traslada el tema al plano de la intersubjetividad. Con ello se puede alcanzar un criterio de distinción respecto de la ciencia de la naturaleza, desde el momento en que se considera a la crítica de la ideología del Derecho como crítica de un lenguaje en el que se subliman simbólicamente comportamientos sociales. Preguntar por el «sentido» es proceder a una crítica del lenguaje (85). Tal actitud metodológica, emprendida por L. Wittgenstein, ha debido recorrer dos etapas (86), representadas, respectivamente, por el *Tractatus*, centrado en el tema del carácter trascendental del lenguaje universal, y por las *Philosophische Untersuchungen*, donde tal lenguaje es rechazado como ficción, mientras que en las gramáticas de la comunicación propias del lenguaje corriente se descubren las reglas conforme a las cuales se constituyen las formas de vida social. Toda comunicación y todo comprender se reducen a aplicar las reglas del

(83) En este sentido. L. KOLAKOWSKI: *Der Mensch ohne Alternative* (trad. alemana). München, 1960, págs. 24 y sigs., citado por BALLWEG: *Science, Prudence, etc., c.*, página 556. En el ámbito anglosajón había sido declarada inevitable la injerencia ideológica en toda teoría sobre el derecho por W. FRIEDMANN: *Legal Theory*, 2.ª ed., London, 1949, págs. 278 y sigs.

(84) «... la forme de pensée prudentielle ne peut non plus s'appuyer sur une théorie (scientifique) qui ne donne qu'une interprétation partielle de la réalité. La théorie de base tend donc toujours à une interprétation totale (une vision, une conception du monde). L'appeler idéologie est permis dans la mesure elle n'est liée à un jugement de valeur» (*Quelque progrès*, cit., pág. 223).

(85) Una consideración crítica del tema puede hallarse en LEGAZ, L.: *Filosofía del derecho*, cit., págs. 238 y sigs., y ahora, *Il diritto naturale: sapere scientifico o pensiero magico?*, «Rivista Internazionale di Filosofia del diritto», 43 (1966), 381-408. También E. v. HIPPEL: *Mechanisches und moralisches Rechtsdenken*, Meisenheim a. G., 1959.

(86) Tal como las ha determinado J. HABERMAS: *Zur Logik*, cit., págs. 124 y sigs.

lenguaje, mediante el que se encuentran socializados los que hablan. Esta consideración analítica da por supuestos, sin embargo, modelos automáticos de comunicación intersubjetiva. Tal presupuesto no está en conformidad con la praxis que continuamente evidencia cortocircuitos lingüísticos así como la subsiguiente necesidad de restablecer de nuevo, mediante la comprensión del sentido, el consenso interrumpido. El enfrentamiento con tal hecho es el tema de la hermenéutica, que oscila entre reducirse a un método o constituirse en teoría general de las ciencias del espíritu. Con ello se sale al encuentro de la segunda dimensión de la realidad jurídica antes apuntada: la experiencia jurídica es experiencia histórica.

La hermenéutica jurídica se considera hoy, literalmente, como comprensión bajo dificultades, como restablecimiento de una continuidad interrumpida, remitida al olvido por la «teoría de la ciencia» (87). La hermenéutica, como la tópica, consideran patrimonio suyo, en cuanto métodos, reglas de la gramática y retórica clásicas. La hermenéutica, sin embargo, en cuanto teoría del conocimiento, ha de ponerse en relación con la tradición científica de la modernidad. En el campo jurídico, aparte de los precedentes de la jurisprudencia del humanismo (88), la escuela histórica supuso un intento de equilibrio entre el método filológico, de aquélla, y el método dogmático del Derecho natural racionalista, que cedió al fin a favor de la dogmática (89). Para el filósofo, contemporáneamente, la hermenéutica se convierte, con el idealismo, en teoría universal de la comprensión y de la interpretación: se trata de «conocer lo conocido» (*Erkennen des Erkannten*), de descifrar, en el plano psicológico, la obra inconscientemente creada por un genio (90). En Dilthey la hermenéutica añade a esa faceta psicológica (*Erlebnis*), la objetiva del significado (*Bedeutung*). Lo que aquí hubiera de hegeliano o de crítica al psicologismo — en la línea de Husserl — se radicaliza en la «hermenéutica de la facticidad» (*Hermeneutik der Faktizität*), hermenéutica como situación existencial, de Heidegger.

A la vista de todos estos antecedentes se comprende en buena parte que

(87) Sobre este punto, GRUBNER, K.: *Hermeneutik und Wissenschaftstheorie*, «Philosophisches Jahrbuch», 75 (1967), 152-165.

(88) Cfr. WIBACKER, F.: *Privatrechtsgeschichte*, cit., págs. 146 y sigs. y 161 y siguientes.

(89) Así FORSTHOFF, E.: *Recht und Sprache. Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik*, Tübingen, 1940 (reimpresión, Darmstadt, 1964), pág. 3. También, COING, H.: *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik* (Arbeitsgemeinschaft, f. Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Geisteswissenschaften, II. 84), Köln/Opladen, 1959.

(90) Indicaciones históricas sobre la hermenéutica en DILTHEY, W.: *Gesammelte Schriften*, T. II, 6.ª ed., Stuttgart, 1960, págs. 195 y sigs. También GADAMER, o. c.

la polémica actual en torno a la hermenéutica no se halle exenta de ambigüedades. Para el jurista, además, la hermenéutica no consiste sólo en describir un texto, sino en interpretar un imperativo contenido en la norma: completa y reestructura la dogmática en cuanto que la «actualiza» al ponerla en contacto con la praxis. Ante este hecho diferencial la hermenéutica jurídica es objeto de una doble consideración: o bien se la considera como una especie diferencial dentro de una teoría general de la hermenéutica (91), o bien se la califica de paradigma (92).

Para Gadamer todo proceso interpretativo está históricamente condicionado, por lo que los prejuicios son asimismo condiciones de la comprensión. El influjo (*Wirkung*) de una tradición continua constituye el horizonte interpretativo. Comprender no es, según ello, una operación de la subjetividad, sino más bien algo existencial, concretamente, el insertarse en la tradición elemento mediador entre pasado y presente. Hermenéutica es comprender y aplicar, dado el carácter autoritario de la tradición (*Wirkungsgeschichte*). En las ciencias del espíritu, todo conocimiento es esencialmente histórico, por lo que sólo se comprende un texto, en la medida en que es comprendido diversamente a como lo fue en otra situación. Frente al historicismo, que cree en la objetividad del texto a interpretar (93), señala Gadamer que comprensión hermenéutica es saber práctico, que no ha de confundirse ni con una ciencia, ni con una técnica. Un saber práctico tiene forma reflexiva, es un «saberse», se integra en la estructura personal de quien conoce, es total. El intérprete aplica un texto que la tradición le suministra, sin necesidad de salirse de sí mismo, sino más bien dentro del horizonte total interpretativo en que se encuentra (94), dentro del consenso que esa misma tradición crea.

El carácter autoritario que en Gadamer adquiere la tradición pone en

(91) Así, BETTI, E.: *Teoria generale della interpretazione*, 2 vols., Milano, 1955; *Falsa impostazione della questione storica dipendente da erronea diagnosi giuridica*, Studi Arancio-Ruiz, vol. IV, Napoli, 1953, págs. 81-125; *Jurisprudenz und Rechtsgeschichte vor dem Problem der Auslegung*, ARSP, 40 (1952/53), 354-374; *Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre*, Festschrift E. Rabel, vol. II, Tübingen, 1954, páginas 79-168; *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, Tübingen, 1962; *Di una teoria generale della interpretazione*, «Riv. Internazionale di Fil. del Diritto», 42 (1965), 236-262.

(92) Así, GADAMER, o. c., págs. 307 y sigs. Sobre el derecho como actualización, ya ENGISCH, K.: *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1953.

(93) O. c., págs. 476 y sigs., con referencia a la «filosofía práctica» de ARISTÓTELES. También, págs. 305 y sigs.

(94) «Er muss den Text auf diesen Situation beziehen, wenn er überhaupt verstehen will». De ahí que la ética aristotélica se haya de considerar «Modell der in der hermenutischen Aufgaben gelegenen Probleme» (ambas citas, págs. 307).

peligro la legitimidad de los *prejuicios* que posibilitan la hermenéutica (95). En pro de una objetividad lucha el jurista Betti, quien no concede a la interpretación jurídica valor de paradigma, sino que, dentro de una teoría general de la interpretación, la jurídica representa para él una de sus especies: interpretación con función normativa, respecto de la cual se reconoce el valor atribuido por Gadamer a la hermenéutica en cuanto aplicación (96). En el proceso general interpretativo señala Betti una estructura «triádica»: el espíritu viviente y pensante del intérprete, de un lado; de otro, una espiritualidad objetivada en formas representativas; por último, una mediación entre ambos términos posibilitada por tales formas representativas, en las que el espíritu allí objetivado se enfrenta al sujeto que la interpreta como algo distinto e independiente de él. La objetividad del proceso está garantizada por la necesaria subordinación del sujeto a la forma representativa. Si Betti, en relación con el «canon interpretativo» por él descrito, puede hablar, en su faceta subjetiva, de una *actualidad* del comprender, tal condición exige del intérprete que construya y reproduzca desde dentro el pensamiento ajeno, como si se lo apropiara, pero al fin del proceso debe mantener tal pensamiento ajeno frente a sí como algo objetivo y, en última instancia, siempre ajeno. La dificultad sube de punto cuando se exige del intérprete además una *adecuación* respecto de tal objetivación, una equiparación con la personalidad que llevó a cabo tal objetivación.

La objetividad que reclama Betti se basa en el presupuesto, de clara raíz hegeliana, de que en todas las obras culturales se halla inserto un *logos*, una ley de formación y de desarrollo que le da sentido (97). Dejando de lado el carácter apodéctico de tal presupuesto, que ha sido matizado por Wieacker por lo que hace a la hermenéutica histórica (98), Betti considera correcta una interpretación en cuanto está en consonancia con las leyes según las cuales el

(95) Critican en el mismo sentido, BETTI, E.: *Die Hermeneutik*, cit., págs. 40 y siguiente. y, ahora, HABERMAS, o. c., págs. 173 y sigs. Frente a tal crítica, BERGER, J.: *Historische Logik und Hermeneutik*, «Philosophisches Jahrbuch», 75 (1967), 127-151, aquí, pág. 150.

(96) «Ora, però, il vizio radicale di codesta teoria normativistica che riduce l'interpretazione giuridica ad un'analisi del linguaggio legislativo, sta nel dimenticare che le norme non sono pure enunciazioni di giudizi tendenti a comunicare un sapere circa le sintesi di un soggetto e di un predicato, ma sono strumenti ad un fine di convivenza sociale» (*Teoria generale*, cit., vol. II, pág. 797. También, *Die Hermeneutik*, cit., páginas 49 y sigs.)

(97) Cfr., por ejemplo, *Die Hermeneutik*, pág. 56.

(98) Respecto de ella, BETTI mantiene su carácter «contemplativo». WIEACKER, aún de acuerdo con él en este punto, señala que la objetividad de la interpretación histórica sólo es meta a alcanzar de modo inductivo y práctico, por medio de la tópica (*Notizien zur rechtshistorischen Hermeneutik*, Göttingen, 1963, págs. 15 y siguientes).

espíritu se objetiva. Dichas leyes se descubren en el modo *técnico* de la interpretación (99). Las objetivaciones descubiertas por este momento constituyen el *a priori* de la interpretación, a la manera como, en Gadamer, el carácter autoritario de la tradición es el *a priori* objetivo frente a toda subjetividad (100). En ambos falta, pues, la reflexión crítica sobre tales presupuestos apriorísticos.

De ahí el distinto cariz que la hermenéutica adquiere en Jürgen Habermas quien, en la relación teoría-praxis, no quiere dejar de lado la reflexión crítica (101). Habermas, que frente a una insuficiente ciencia analítica de la sociedad (102), exige respuesta a la pregunta planteada por la ciencia política clásica —la justificación racional de la decisión, el tratamiento metódico de la praxis—, considera la hermenéutica como instrumento imprescindible en cuanto que toda investigación es institución de hombres que hablan mutuamente y actúan en reciprocidad, y su legitimidad sólo puede radicarse en un contexto histórico y social. A toda investigación precede una base mutua de comprensión de la sociedad y de la Historia. De ahí la utilidad de la hermenéutica como método que descubre el sentido de totalidad subyacente, evitando con ello el peligro de una ideologización. La hermenéutica no es meramente receptiva, ya que confronta críticamente el presente con el futuro, con la *verité à faire*. Estamos, pues, en un contexto teleológico de la misma dirección pero sentido opuesto al de Gadamer: presente frente a futuro en aquél, pasado frente a presente en éste. Sólo que en Habermas el futuro no es una imposición apodíctica sobre el presente, sino la condición hipotética de la verdad de la praxis. Dos instancias se observan, pues, en el proceso: hermenéutica como control de proyectos especulativos y dialéctica como límite negativo de tales proyectos. Sin embargo, por lo que hace a una superación de los presupuestos de Betti o de Gadamer, la postura de Habermas no parece suficiente: en él el *a priori* es suplantado por la ficción de un *a posteriori* (103) no exento de subjetivismo.

(99) Cfr. *Teoria generale*, págs. 291 y sig. y 294.

(100) *Wahrheit und Methode*, cit., págs. 286.

(101) *Theorie und Praxis*, Neuwied, 1963, págs. 23 y sigs. y 243 y sig. Sobre la problematicidad de tal intento, WALTER, E. H.: *Die prekäre Vermittlung von Theorie und Praxis in unserer nachrevolutionären Epoche. Anmerkungen zur Geschichtsphilosophie Maurice Merleau-Pontys und Jürgen Habermas*, ARSP, 53 (1967), 415-430.

(102) Una referencia sobre tal confrontación, BAUER, H.: *Soziologie und Geschichte. Überlegungen zur Kontroverse zwischen dialektischer und neopositivistischer Soziologie*, ARSP, 52 (1966), 67-89.

(103) La interpretación heideggeriana de H. HÜLSMANN: *Hermeneutik und Gesellschaft*, «Soziale Welt», 18 (1967), admite la posibilidad de relacionar dialéctica y hermenéutica, si bien considera fallido el intento de HABERMAS (cfr. págs. 27 y sig.).

9. «FILOSOFÍA PRÁCTICA» Y «ONTOLOGÍA ESTRUCTURAL». —La remisión de la hermenéutica a la «filosofía práctica», invita a una revisión de los términos en que hasta ahora se ha planteado la relación teoría-praxis. En la reciente politología cobra, asimismo, auge la clásica formulación aristotélica de la «filosofía práctica». El objeto de ésta no es el conocer, sino el obrar, algo en lo que está comprometido el mismo hombre que filosofa sobre su propio obrar: su objeto no está afectado de necesidad sino de posibilidad. Cuál de las distintas posibilidades, que la reflexión presenta, ha de seguirse, es algo que depende de la decisión responsable de quien actúa. La «filosofía práctica» formula verdades válidas, pero no necesarias. Su órgano de conocimiento es *phronesis*, virtud que, en el ámbito de lo necesario es capaz de aprehender la medida del bien en la situación concreta, por lo que ni es ciencia de principios generales, ni es técnica de aplicación de dichos principios. *Phronesis* es el órgano de aprehensión de lo «justo por naturaleza» en la situación concreta.

Como virtud existencial, su justificación —ya que no se trata de un mero conocimiento ocasional— tropieza con dificultades interpretativas. Si se afirma que lo justo es concreto, se presupone la inserción del momento concreto en un todo dotado de sentido. Tal todo no es una «cosa», por lo que no puede aprehenderse intelectivamente y, sin embargo, es horizonte de verdad del momento. Con ello se corre el peligro de dogmatismo ya señalado por Perelman. De hecho, históricamente, tal totalidad ha sido rebajada a la categoría de «cosa» y ha sido objeto de formulaciones dogmáticas. Las dicotomías: materia-forma, sustancia-accidente, etc., son ejemplos ilustrativos de tal evolución. La hieratización y la reacción subsiguiente frente a tal filosofía constituyen precedentes no excesivamente remotos de la actual invasión de la ideología en la filosofía. Frente a una ontología petrificada, reinterpretando el punto de arranque inicial de la especulación filosófica y, sobre todo, orientándose en el horizonte actual de pensamiento, cabe admitir la posibilidad de una «ontología estructural», sobre la que hasta ahora sólo se han pronunciado las primeras palabras, aunque tenga raigambre histórica (104). Estructura no es sistema. Pero estructura no es algo ajeno a la sustancia. La estructura sólo puede constituirse históricamente: en otro caso degenera en sistema. A lo

(104) Fundamentalmente, ROMBACH, H.: *Substanz, System, Struktur*, vol. I. Freiburg/München, 1964, vol. II, 1966. «Gleichwohl lässt sich die Ontologie der Strukturen nun nicht "in systematischer Form" zusammenfassen, dies würde ihrer eigenen Grundform widersprechen. Überdies handelt es sich um eine historische Wahrheit, die nur aus ihrem Entstehen und ihrer Entwicklung heraus evident werden kann; eine eigene Sprache und lückenlose Kategorialität hat die Strukturverfassung noch nicht gefunden» (vol. II, pág. 470). Ahora, en tema antropológico. ROMBACH, H.: *Die Wissenschaft und die geschichtliche Selbstbestimmung des Menschen. Anthropologie auf*

sumo puede describirse como sistema abierto «hacia afuera», «hacia adentro», «hacia arriba». Su forma es posibilidad y concreción. De tal «ontología estructural», por lo que hace a la problemática de la justicia, se ha hablado metafóricamente (105). Su afán en este contexto es superar las contraposiciones entre naturaleza y libertad, materia y espíritu, cuerpo y alma, fenómeno y cosa en sí, historicidad y verdad, praxis y teoría.

JUAN JOSÉ GIL CREMADES

R É S U M É

Dès que l'esprit moderne se fige en dogmatisme, l'idéologie envahit la réflexion philosophique. Cette philosophie, à son tour, n'avait été qu'une réaction devant un dogmatisme antérieur qui avait dévirtué la différenciation intellectuelle du mythe, point de départ de la spéculation philosophique. La praxis, n'y était pas, certes, dépourvue de légitimation rationnelle. La philosophie moderne, de son côté, fidèle au caractère reducteur des ses données de base, renonce à la rationalisation de la pratique, tâche que va remplir ce qu'on appelle "philosophie pratique", que l'apparition des idéologues plongerá aussi dans l'oubli. Mais, le problème abordé par cette "philosophie pratique", conserve son caractère péremptoire. De là, les divers essais contemporains pour jeter un pont entre la théorie juridique et la praxis juridique. Un pont qui sauvera la dialectique à la base même de la critique des idéologies. On procède ainsi à considérer les différences parmi les divers essais: théorie

struktureler Basis, «Philosophisches Jahrbuch», 75 (1967), 166-185. Otra formulación de tal ontología, ZUBIRI, X.: *Sobre la esencia*, Madrid, 1962.

(105) La confrontación entre estructura y sistema en tema de justicia se apunta en R. MUSIL: *Der Mann ohne Eigenschaften*, Hamburg, 1952. Mientras que los juristas se ufanan de la exactitud de los juicios morales (*Genauigkeit der moralischen Urteile*), de modo que para ellos «*der Mensch ist entweder imstande, rechtswidrig zu handeln, oder er ist es nicht*» (pág. 294), y así intentan introducir el «*sonderbarer Geist*» de Moosbrugger («*in ein System von zweitausendjährigen Rechtsbegriffen*») (página 254), Ulrich, apoyándose en conocimientos de las ciencias de la naturaleza, ve que las acciones del hombre no adquieren sentido si se las consideran aisladamente, y por ello han de insertarse en un contexto, en un «*Kräftepiel*», donde todo experimento es posible, pero reconoce resignado que «*jeder Kräftepiel mit der Zeit einem Mittelwert und Mittelzustand, einem Ausgleich und einer Erstarrung zustrebt*» (página 258). Un intento en el plano jurídico, pero negando la virtualidad material de los conceptos «*verdad*» y «*justicia*», LUHMANN, N.: *Positives Recht und Ideologie*, ARSP, 53 (1967), 531-569, quien admitiendo el influjo positivo del sistema no va más allá de la crítica de las ideologías.

pure et relativisme des valeurs, "nature des choses" et théorie analytique, théorie topique, herméneutique. Les résultats provisoires des différentes instances nous mènent à poser les possibilités inhérentes à une ontologie structurale de la réalité juridique, à une ébauche seulement pour le moment, et non pas à une formulation, de crainte de ne les voir dégénérer en systèmes et de donner libre cours, dérechef, au processus de réactions successives qui aboutit aux idéologies. Une telle ontologie, au surplus, ne manque pas de racines historiques, tout en restant ouverte à toutes les dimensions de la réalité juridique.

S U M M A R Y

Ideology invades philosophical reflection of modernity from the moment it turns into dogmatism. Such philosophy, in turn, had meant a reaction in the face of another previous dogmatism, which weakened the intellectual differentiation of the myth, true starting point of philosophical speculation. As regards the latter, praxis was not altogether lacking in rational legitimation. Modern philosophy, however, rejects any rationalization of practice, classically adopted by the so-called "practical philosophy", which is later forgotten about after the appearance of ideologists. But the problem undertaken by this "practical philosophy" is still urgent. Hence the various different contemporary attempts at building a bridge between juridical theory and juridical practice. Such a bridge would save inherent dialectics from the very criticism of ideologies. The article goes on to show the different attempts: pure theory and relativism of values, "nature of things" and analytical, topical and hermeneutical theory. The provisional results of the different instances bring forward the possibilities for a structural ontology of juridical reality which today can only be roughly outlined, and not definitely formulated, under penalty of degenerating same into a system and unleashing once more the process of successive reactions that have ended up in ideologies. Such an ontology has deep embedded historic roots, but it is at the same time completely open to all dimensions of juridical reality.