

APENDICE II. LA FILOSOFIA DEL DERECHO COMO ANALISIS DEL LENGUAJE DE LOS JURISTAS	269
1. Teoría de la Decisión jurídica	271
2. Teoría de la Dogmática jurídica	273
3. Teoría del Derecho	275

APÉNDICE II. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO ANÁLISIS DEL LENGUAJE DE LOS JURISTAS

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO ANÁLISIS DEL LENGUAJE DE LOS JURISTAS

Tradicionalmente se distinguen tres planos del lenguaje: el plano de la sintaxis, cuyo objeto lo constituye el estudio de la estructura formal del lenguaje por medio del análisis lógico-lingüístico; el plano de la semántica, que tiene por objeto averiguar el sentido de las proposiciones; y el plano de la pragmática, cuya finalidad estriba en investigar el uso de las preferencias lingüísticas. Asimismo, podemos señalar tres niveles en la investigación filosófica del lenguaje de los juristas: el análisis lógico-formal de las proposiciones jurídicas, la investigación de los contenidos de sentido de éstas en cuanto configuran un orden jurídico determinado, y la indagación del lenguaje utilizado en los procesos de decisión. Respectivamente corresponden a lo que puede llamarse Teoría del Derecho, Teoría de la Dogmática jurídica y Teoría de la Decisión jurídica.

1. TEORÍA DE LA DECISIÓN JURÍDICA

La tarea de la decisión es propia de los juristas situados en el proceso de creación y aplicación del Derecho. Es una tarea propiamente técnica, si por tal se entiende la aplicación de lo ya creado a la realidad. Por tanto, la Teoría de la Decisión jurídica es una *Teoría de la Técnica jurídica*. Es preciso diferenciar estrictamente esta función de la propia de la Dogmática, separación de la que no son conscientes de ordinario los autores.

La decisión puede ser extrasistemática e intrasistemática. La

primera es el objeto del poder constituyente. La segunda lo es de los órganos del orden jurídico (legislador, juez, funcionario, etc.) y de los ciudadanos (autonomía de la voluntad). Implica un procedimiento y, por consiguiente, la Teoría de la decisión está vinculada a la *Teoría del Procedimiento*.

Al lenguaje de la decisión le podemos denominar lenguaje normal del Derecho, ya que sólo es posible la manifestación externa del Derecho precisamente a través de un conjunto de decisiones. Si prescindimos de la creación jurídica de los ciudadanos, estamos ante el lenguaje normal de los juristas, que, atendiendo a su sujeto, puede ser: lenguaje del legislador (constituyente y ordinario), lenguaje de los órganos jurisdiccionales y administrativos (juez, funcionario) y lenguaje de las partes en los procesos de decisión (partidos políticos, fiscal, abogado). Sólo los dos primeros constituyen auténtico lenguaje creador de Derecho, mientras que el tercero es un lenguaje coadyuvante a la decisión. Como ejemplos paradigmáticos del lenguaje normal de los juristas pueden tomarse el lenguaje del legislador, el del juez y el del abogado.

El lenguaje del legislador es el lenguaje de la decisión abstracta y general, dirigida a ordenar el Estado como una totalidad armónica. Es el objeto de la *Teoría de la legislación*. El lenguaje del juez es el lenguaje de la decisión concreta, dirigida a particularizar el contenido de la decisión abstracta poniéndola en contacto con la vida real. Constituye el objeto de la *Técnica de la decisión*, ya que es en la decisión particular donde concluye todo el proceso decisorio. El lenguaje del abogado no crea la decisión, aunque ayuda a ella representando una de las partes, un punto de vista dentro del diálogo que constituye el proceso. Su objeto no es decidir sino convencer. De ahí que sea la *Retórica jurídica* el esquema metódico en que se inserta.

La búsqueda de la lógica adecuada a la técnica decisoria subyace a toda la Teoría de la Decisión jurídica. Partiendo de la crítica a la técnica subsuntiva propia del positivismo legalista y del análisis de las diversas corrientes en torno a los métodos o cánones de la interpretación (para decidir) se llega a una reivindicación de la Tópica y, en general, del pensamiento aporético, junto con una rehabilitación de la razón práctica. Así mismo, se estrechan las distancias entre el sistema decisorio del common law y el sistema continental (necesidad del *Estudio comparado de los procesos de decisión*). La lógica de la decisión es la *Lógica de la argumentación*

jurídica, esto es, una Lógica de la interpretación para decidir o *Lógica dialógica* orientada a la decisión. Aquí encuentra también su lugar la *Lógica retórica*, que subyace al lenguaje cuyo objeto es convencer a quien ha de decidir.

Orto de la decisión es la implantación de valores. Toda Teoría de la Decisión conlleva una teoría de los valores (fines), y por tanto, la *Teoría de la Justicia* constituye el aspecto material (no formal) de la Teoría de la Decisión jurídica. Dos problemas básicos destacan aquí: a) las condiciones ideales de la decisión en cuanto a sujeto y a procedimiento, y b) los criterios materiales de la decisión, esto es, los principios de justicia. Puesto que la decisión jurídica se plantea en dos momentos (extra e intrasistemático), la justicia de la decisión hay que contemplarla igualmente: la justicia extrasistemática representa el ideal de justicia tanto en las condiciones de decisión como en los principios que es preciso acatar y establecer. La Teoría de la justicia extrasistemática es previa a la labor del poder constituyente, cuya función consiste en plasmar aquélla en la Constitución por medio del establecimiento de los valores fundamentales. Aquí la razón práctica no tiene otros límites que los de la razón. Entre los valores fundamentales destacan los representados por los derechos fundamentales, aunque aquéllos no se agoten en éstos. Por consiguiente, la *Teoría (material) de los derechos fundamentales* es una parte de la Teoría de la justicia extrasistemática. Establecida ésta, la Teoría de la justicia intrasistemática tiene por objeto la adaptación de los valores fundamentales a las decisiones intrasistemáticas, esto es, (paradigmáticamente) a la decisión del legislador ordinario y a la del juez. Constituye lo que puede denominarse la *Teoría de la justicia del caso concreto* o *Teoría de la equidad*.

2. TEORÍA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

La Teoría de la Dogmática jurídica tiene una larga tradición que se remonta, en sus orígenes intelectuales, al tratamiento dogmático de la Teología. La secularización de las categorías teológicas y la recepción del Derecho romano desemboca en las grandes construcciones, inspiradas en la sistemática del iusnaturalismo racionalista, de la Jurisprudencia de conceptos y del positivismo jurídico. Un tratamiento adecuado exige la comprensión de la *His-*

toria de la Dogmática jurídica, en cuyo marco es preciso contemplar el problema, siempre debatido, de su carácter científico. La discusión llega hasta nuestros días bajo la forma de la tensión entre *El método dogmático y el método sociológico (Dogmática jurídica y Sociología del Derecho)*, cuya incompreensión recíproca ha sido perjudicial para ambos.

La Hermenéutica filosófica, de gran tradición europea en el seno de las llamadas Ciencias del Espíritu, es el instrumento adecuado para combinar ambos métodos en una Teoría de la Dogmática jurídica entendida como una *Teoría de los textos jurídicos*, en la cual el centro de reflexión intelectual viene dado por el texto que es el producto de las decisiones jurídicas al que se une el “texto” generado por vía fáctica o consuetudinaria.

Para el dogmático, el Derecho es un texto que él, en cuanto dogmático, no puede alterar. El texto jurídico ha de entenderse no como la literalidad de los preceptos sino como la unión hermenéutica de ésta y la realidad vital de referencia. Esta realidad adquiere los caracteres de texto en la medida en que necesariamente es objeto de interpretación. La Teoría de los textos jurídicos conlleva una *Teoría de la Interpretación dogmática* en la que el objeto le viene dado al intérprete, a la vez que la decisión aparece tan sólo en un plano remoto, ya que la Dogmática no decide directamente sobre las realidades vitales. Una teoría de los textos jurídicos supone: a) la reflexión en torno a las características propias que las diferencian de otros tipos de textos, tales como el texto literario y el texto histórico; b) la acuñación de un concepto amplio de texto, que transciende lo expresado en letra impresa y, en este sentido, la teorización de una Hermenéutica como instrumento universal de la comprensión del Derecho ya creado; c) en conexión con lo anterior, el desarrollo de una Hermenéutica de la acción humana, que permita la interpretación y, por tanto, la comprensión de ésta desde el marco del discurso lingüístico creado por las decisiones jurídicas; d) el estudio de la relación entre el texto jurídico y la decisión, que en el caso de la Dogmática jurídica tiene carácter mediato, investigando cuál es el papel que cumple (influencia de la Dogmática jurídica en las decisiones).

Como todo conocimiento con pretensiones científicas, la Dogmática jurídica pretende construir un sistema en el que se articulen en un todo las significaciones particulares de las reglas del Derecho. Esto sólo es posible mediante la aplicación de una previa Teoría

de la interpretación. Cómo se ha de sistematizar y ordenar el material interpretado es tarea de la *Teoría de la sistematización jurídica*.

Al manejar la Dogmática jurídica las reglas de un determinado Derecho positivo, tiene necesariamente contacto con los valores, tratándose aquí, como es lógico, de los valores implantados en el sistema. Por tanto, una Teoría de la Dogmática jurídica implica también una *Teoría de la justicia intrasistemática*, en la que no se dilucida ya el problema del ideal de justicia ni tampoco de la justicia del caso concreto, sino en la que se intenta desarrollar los valores encarnados en el orden jurídico en un esquema hermenéutico, poniéndolos en conexión unos con otros y extrayendo la justicia institucionalizada.

Por último, la Lógica de la Dogmática jurídica no puede ser la Lógica formal, ya que se manejan contenidos de significado y juicios de valor establecidos autoritariamente. Se impone, por el contrario, la *Lógica hermenéutica*, que se halla más próxima a la Lógica argumentativa de la decisión, aunque sin identificarse con ella, ya que es la Lógica de la interpretación de textos y no la Lógica de la decisión que incide en la vida social, en el problema concreto, directamente.

3. TEORÍA DEL DERECHO

La Teoría del Derecho, como sintaxis, constituye una investigación formal del Derecho entendido como un sistema de proposiciones lingüísticas de caracteres especiales. Ha de partir de una *Crítica de la Teoría general del Derecho*, lastrada de sociologismo y dominada por la obsesión del carácter homogéneo de las reglas, para pasar a un *Concepto del Derecho* que tenga en cuenta su naturaleza lingüística y, por tanto, convencional. El Derecho es un sistema convencional de reglas, cuya característica diferenciadora respecto a la Moral, los usos sociales y las normas religiosas, es que en él se han de dar necesariamente reglas que señalen el marco espacio-temporal de la acción, creen los sujetos (órganos, personas) del sistema y les atribuyan competencias dentro de las cuales la acción ha de realizarse. Igualmente, se diferencia por la necesidad de establecer procedimientos para realizar la acción. En este sentido, en cuanto a su estructura formal, el Derecho se asimila

a determinados juegos. Si a estos ámbitos que establecen los elementos necesarios de la acción, además de exigencias bajo forma de deber, los denominamos ámbitos óntico-prácticos, el problema del concepto del Derecho, nos conduce a la *Teoría de los ámbitos óntico-prácticos*, cuyo objeto radica en una reflexión diferenciadora de los sistemas que no establecen elementos necesarios del orden (espacio, tiempo, sujetos, competencias, procedimientos) y a los que, por este motivo, se les puede llamar ámbitos prácticos.

Todo ello conduce a la *Teoría del sistema jurídico* y a la *Teoría de las reglas jurídicas*, cuya tarea es investigar el concepto de regla, los tipos de reglas que confluyen en el ámbito y su articulación en el sistema. Aquí opera el método lógico-lingüístico, el cual entiende la regla como una proposición lingüística perteneciente a un sistema proposicional cuya función intrínseca es regular la acción humana. En virtud del citado método se desvela la tipología de las reglas atendiendo al verbo que les es característico. Se obtiene así la trilogía de reglas ónticas, técnico-convencionales o procedimentales y deónticas o normas, o, respectivamente, reglas que expresan un *ser* autoritariamente establecido (ej.: Madrid es la capital de España), reglas que expresan un *tener que* (ej.: el juez *tiene que* cumplir determinados requisitos para que su sentencia sea válida) y reglas que expresan un *deber* (ej.: el comprador *debe* pagar el precio).

Como el lenguaje utilizado por el legislador no tiene por qué coincidir con el modelo propuesto (versatilidad del lenguaje normal de los juristas) se impone la necesidad de una *Teoría de la reconstrucción hermenéutica de las reglas*, cuya función reside en discurrir sobre las operaciones intelectuales necesarias para construir las reglas del Derecho y sobre los límites de esta labor.

La Teoría del sistema jurídico se pregunta por la estructura interna del mismo, resultado de la labor de construcción, así como por las relaciones recíprocas de las reglas. Aquí tienen cabida los problemas que tradicionalmente se engloban bajo el título, desafortunadamente italianizado, de "teoría del ordenamiento jurídico".

El análisis formal de las reglas jurídicas y del sistema conduce a la *Teoría de los conceptos jurídicos fundamentales*, que son aquellos conceptos que están implicados en las mismas reglas y que de ellas derivan. Dado que el tratamiento de estos conceptos en la Teo-

ría general del Derecho está cargado de iusnaturalismo, antropomorfismo (piénsese en el derecho subjetivo) y de psico-sociologismo, la tarea inicial ha de consistir en un análisis crítico de las concepciones acuñadas en los dos últimos siglos, para pasar a continuación a la elaboración categorial en conexión con la tipología de las reglas investigada en la Teoría de las reglas jurídicas y en la Teoría del sistema.

En la Teoría del Derecho así entendida, los valores no juegan ningún papel y, por tanto, la Teoría de la justicia está absolutamente excluida, ya que el afán de aquélla es el de constituir un conocimiento formal, y, por consiguiente, universal del Derecho.

Igualmente queda excluida la interpretación de contenidos al estilo de la Teoría de la Decisión jurídica y de la Dogmática jurídica, aunque juega un importantísimo papel en la Teoría de la construcción hermenéutica de las reglas.

La Lógica aplicable a las reglas jurídicas es la que comúnmente se denomina *Lógica deóntica*, aunque el término “deóntica” sea impropio, ya que desconoce el carácter heterogéneo de las reglas desde el punto de vista lingüístico. Discute el problema de la verdad en el terreno de las reglas y si ésta es condición necesaria de la Lógica. Atendiendo a la tipología de reglas, la Lógica deóntica ha de ampliar su campo de interés, tratando junto a las relaciones lógicas de las proposiciones deónticas, las propias de las proposiciones técnicas y ónticas.

Por último, hay que señalar que todo el planteamiento descrito como contenido de la Filosofía jurídica requiere una *Introducción a la Filosofía del Derecho* entendida como *Epistemología jurídica*, que proporciona la clave, en versión diacrónica, de los modelos epistemológicos dominantes en el pensamiento jurídico y cuyo contenido podría especificarse en las siguientes fases: a) Epistemología de la Teoría del Derecho Natural, como modo de pensar dominante hasta el siglo XIX, con sus variantes históricas respectivas; b) La crisis epistemológica de la Teoría del Derecho Natural y sus motivaciones en el terreno teórico; c) La concepción positivista y su multifacética manifestación en el positivismo jurídico; y por último, d) La crisis epistemológica del positivismo jurídico y la posibilidad de la Filosofía del Derecho como análisis del lenguaje de los juristas.

Tarea siempre presente en este esquema es la reflexión en torno a la *Teoría de las Ciencias jurídicas* en cada una de estas fases, singularmente en la fase del positivismo, y la dilucidación del problema a la luz de los nuevos planteamientos, en cuyo marco la distinción Ciencia-Filosofía deja de tener el sentido radical que le dio el positivismo.