

DONDE estamos hoy en la teoría del derecho y en la filosofía del derecho?

En los últimos 15 años, han aumentado rápidamente los problemas y tareas con los que tiene que enfrentarse el derecho en la sociedad moderna, no sólo por lo que respecta a la dogmática jurídica sino también en el ámbito de la teoría y de la filosofía del derecho. Hasta ahora no han podido ser elaborados suficientemente, y por supuesto tampoco satisfactoriamente tratados, por las revistas especializadas existentes. Por eso veo con gran satisfacción que una nueva revista de carácter internacional, DOXA, inicie su labor en el ámbito de la filosofía del derecho.

Antiguamente -si no me equivoco- *doxa* eran teorías filosóficas fundamentales referidas a la majestad sobrehumana de Dios y a la realidad divina de este mundo. Pienso que la nueva revista DOXA -por cuya publicación quisiera felicitar a sus editores- habrá de ocuparse, por el contrario, más bien de la majestad terrenal del derecho y de la realidad jurídica, es decir, de la *positividad del derecho en la sociedad moderna*.

La significación y el perfil futuro de DOXA habrán de depender, entre otras cosas, de la medida en que sepa aprovechar las chances que actualmente ofrece un nuevo comienzo. Me parece que estas chances se encuentran, sobre todo, en las múltiples posibilidades que cuenta la redacción de una revista para reaccionar estimuladamente frente a los déficits de la investigación básica en el campo del derecho, déficits que hoy se presentan más claramente que nunca.

Considero que en todos los *niveles de una teorización del pensamiento jurídico*, es decir 1) en la teorización en el ámbito de la ciencia del derecho, 2) de la metodología jurídica y 3) de la teoría general del derecho/teoría jurídica, se encuentran puntos de partida para la superación de los desarrollos fallidos y de los déficits, que en lo que sigue habré de caracterizar más de cerca. No hay duda que en todos estos niveles juegan su papel reflexiones teórico-jurídicas de naturaleza muy general, especialmente de la filosofía jurídica y de la sociología jurídica. Sin embargo, no es esta la ocasión para presentar visiones retrospectivas o atreverse a formular perspectivas de futuro. Por ello, habré de limitarme a observaciones fragmentarias de tipo muy general, haciendo algunas referencias a las actuales *posibilidades del trabajo teórico-jurídico y filosófico-jurídico* con respecto a los desarrollos fallidos y déficits que he diagnosticado.

(i) El más notorio de los desarrollos fallidos en el pensamiento jurídico de la actualidad es la supuesta unidad dialéctica u oposición entre

* Esta contribución llegó una vez cerrada la edición, razón por la cual no figura en el lugar alfabético correspondiente.

jusnaturalismo y *juspositivismo*. Ella ha conducido a la formación de frentes más o menos rígidos y a posiciones predominantemente de lucha, que tienen que ser superadas. Si se acepta que el derecho no es ni un don divino ni un regalo de la naturaleza y que consecuentemente no puede ser revelado tampoco por un mero conocimiento e intelección racionales en la verdadera naturaleza del hombre o del organismo social, sino que es *hecho por los hombres para los hombres*, la teoría del derecho y la filosofía del derecho se enfrentan hoy con la tarea de tomar realmente en serio la *positividad del derecho*.

(ii) El eterno retorno del derecho natural debe preocupar hoy tan poco como un retorno del juspositivismo que, bajo la forma del positivismo legal y del positivismo del derecho, durante demasiado tiempo sublimó la consideración del derecho en un análisis totalmente ahistórico, que prescindía de su localización histórica y social. Por el contrario, todo *derecho*, cuando se adopta una forma de consideración más realista, demuestra ser no un orden que depende de algún derecho natural o racional, de cualquier tipo que éste sea, sino un *orden auto-sustitutivo* independiente, es decir, el derecho es puesto en vigencia en el sistema jurídico estatalmente organizado bajo la influencia de factores políticos, culturales, económicos o sociales, a través de la decisión político-jurídica. De esta misma forma también es sustituido el viejo derecho por el nuevo.

(iii) Por lo que respecta al ámbito crítico-ideológico, bajo la creciente influencia de las investigaciones teórico-gnoseológicas y teórico-científicas, pero también de la sociología del conocimiento, la filosofía del derecho podría hoy contribuir a aclarar la génesis y fundamentos de validez de las actuales concepciones del derecho y del Estado, cuya concepción e ideas rectoras fundamentales hasta el día de hoy están orientadas hacia la relación entre religión y Estado, es decir, entre Iglesia y Estado, sin que de ello tengan plena conciencia los involucrados (cfr. Werner Krawietz, «Die Lehre vom Stufenbau des Rechts - eine säkularisierte Theologie?», en del mismo autor/Helmut Schelsky (comps.), *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, Berlín 1984, págs. 255-271). También aquí, una consecuente *secularización de todo el pensamiento jusnaturalista*, que actualmente aún no ha sido plenamente realizada por la teoría del derecho y del Estado que reflexiona sobre las premisas del derecho vigente, conduce en la actualidad, si se abandonan definitivamente las concepciones jusnaturalistas de origen cristiano-religioso, a la positividad de todo derecho. Es obvio que con esto no se caracteriza exhaustivamente todo el campo de investigación de la dependencia de las concepciones jurídicas con respecto a las ideologías políticas y a las actitudes religiosas.

(iv) Frente a los intentos contemporáneos de derivar el derecho de la moral y fundamentarlo en ella, sigue valiendo la objeción de que en los sistemas jurídicos estatalmente organizados de las sociedades modernas, no existe ninguna alternativa al derecho (cfr. Krawietz, *Recht als*

Regelsystem, Wiesbaden 1984, págs. 168 y s., 174 y s.). El derecho puede ser reemplazado sólo por el derecho pero no por la moral. Esto conduce no sólo a una nueva relación entre derecho y moral sino también entre filosofía del derecho y filosofía de la moral.

(v) Mi propia posición frente a la teoría del derecho y a la filosofía del derecho, que no puedo exponer aquí (cfr. Krawietz, «Juristische Argumentation in rechtstheoretischer, rechtsphilosophischer und rechtssoziologischer Perspektive» en *Recht und Staat im sozialen Wandel. Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag*, Berlin 1982, págs. 347-390; del mismo autor, *Rechtssystem als Regelsystem*, págs. 153 y ss., 178 y s.), puede ser caracterizada como un *realismo jurídico con sentido crítico*, que tiene grandes afinidades con los realismos jurídicos americano y escandinavo. Se dirige críticamente contra todas las formas de la jurisprudencia analítica -que en mi opinión es demasiado reduccionista- tal como hasta el día de hoy, siguiendo a Kelsen y Hart, se encuentra representada en el positivismo jurídico de estas orientaciones teórico-jurídicas, y se basa en una *fusión de la teoría del derecho y la teoría de los sistemas* que he expuesto en otro lugar (cfr. Krawietz, *Das Recht und die moderne Systemtheorie*, conferencia en el Congreso Mundial de la IVR en Helsinki 1983).

(Trad. de Ernesto Garzón Valdés)



INSTITUTO JUAN GIL-ALBERT.
DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DE ALICANTE.

TEMAS DE ACTUALIDAD - I

CINCUENTA FILOSOFOS DEL DERECHO CONTESTAN EN ESTE LIBRO A UNA ENCUESTA SOBRE LOS PROBLEMAS ABIERTOS EN SU DISCIPLINA:

A. Aarnio, R. Alexy, J. Almoguera, A.J. Arnaud, M. Aienza, A. Baratta, W. Becker, A. Calsamiglia, G.R. Carriò, R. Carrión-Wan, H.N. Castañeda, U. Cerroni, A.G. Conte, E. Díaz, R. Dreier, R.M. Dworak, R. Eberstein, E. Fernández, J.L. Gardies, E. Garzón Valdés, L. Gianfrancesco, J.J. Gil Cremades, R.A. Guibourg, N. Hoerster, G. Kalinowski, H. Klemm, U. Klug, F.J. Laportta San Miguel, M. G. Losano, J. de Lucas, R. Lyra, E.E. Marí, F. Miró Quesada, C. Müller, C.S. Nino, J.R. de Páramo, E. Pattaro, G. Peces-Barba, A. Peczenik, A.E. Pérez Luño, G. Robles, J. Ruiz Manero, A. Ruiz Miguel, U. Schmill Ordóñez, C. Souto, A. Squella, R. Treves, M. Troper, R.J. Vernengo, O. Weinberger, G.H. von Wright, J. Wroblewski, W. Krawietz.
