

GREGORIO ROBLES

Profesor adjunto numerario de Filosofía del Derecho
en la Universidad Complutense de Madrid



Epistemología y Derecho

BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO

N.º REGISTRO 1.371

SIGNATURA Fil/264

N.º COPIA _____



Ediciones Pirámide, S. A. - Madrid

M. J. S. F. L.

3. El lenguaje que «es» derecho y el lenguaje que «no es» derecho

Desde el punto de vista de Pattaro, el derecho se reduce a lenguaje, el derecho es *solamente* lenguaje. O mejor dicho: sólo el aspecto de lenguaje del derecho es susceptible de conocimiento, ya que de las dos formas posibles de éste (Filosofía y ciencia), la primera sólo es análisis del lenguaje y la segunda no existe en el sentido estricto de ciencia. A efectos del conocimiento, que obviamente es lo que interesa, el derecho es lenguaje y sólo lenguaje.

Esto implica desconocer que el derecho es una *realidad* que ciertamente puede expresarse a través de lenguaje, pero que no se reduce a lenguaje. El lenguaje es expresión, pero tras la expresión está lo expresado, y aunque lo expresado sólo puede ser entendido por la expresión, no son idénticos. Además de esto, el lenguaje no agota la expresividad del derecho, sino que éste también se expresa de otras maneras: comportamientos, organización, etc. El derecho no es sólo «texto»; es también «contexto».

Se vuelve sobre el problema que se ha señalado antes: el problema del concepto del derecho, que Pattaro ha eludido remitiéndonos a la tradición. Pero si se admite que el derecho es lo que en el lenguaje cotidiano se tiene como tal, ¿cómo conoceríamos el aspecto social y axiológico, que indudablemente es patrimonio de la concepción común, si tan sólo es permitido realizar un análisis lingüístico? ¿No resultaría que la tradición se vería despojada de lo que le es más tradicional?

Aceptemos, como hipótesis, que el derecho sea lenguaje y sólo lenguaje, como se deriva de la concepción de Pattaro. Lo contrario no es ciertamente verdadero: no podemos decir que todo lenguaje sea derecho. Hay, pues, lenguaje que es derecho y lenguaje que no lo es. Se impone, por consiguiente, un criterio de delimitación en virtud del cual se pueda discernir cuándo se está ante un lenguaje que es derecho y cuándo ante un lenguaje que no es derecho. Aceptado que el derecho sea lenguaje, sería de todos modos lenguaje de ciertas características que, obviamente, no se podrían reducir a la lingüisticidad. En caso contrario, se llega a la extravagante conclusión de que todo lenguaje es derecho. Ya que no es así, es porque hay algo que define al lenguaje que es derecho distinguiéndolo del lenguaje que no es derecho, y ese algo tiene que ser necesariamente extralingüístico.

4. Los diversos metalenguajes sobre el derecho y el metalenguaje filosófico

Para Pattaro, la Filosofía es metalenguaje, pero no todos los metalenguajes son Filosofía. Es metalenguaje en el sentido de que es un metalenguaje cuando menos de segundo grado, ya que el derecho es lenguaje y, por tanto, discurso de primer grado. La Filosofía del derecho es un discurso sobre un discurso de primer grado, que es el derecho.

Pero sobre el derecho pueden ejercerse análisis lingüísticos de muy diversa condición; dicho de otra manera: el discurso sobre el derecho puede ser de muy distinto carácter. El hombre de la calle «habla» sobre el derecho. El jurista práctico (abogado, juez, funcionario), también. Lo propio ocurre con el profesor y, a otro nivel muy distinto, con el político. En definitiva, existe una pluralidad de discursos posibles sobre el lenguaje que es derecho. Si se afirma que la Filosofía es metalenguaje y se reconoce la existencia de una pluralidad de metalenguajes sobre el derecho, preciso es señalar cuándo se está ante un metalenguaje que pueda ser calificado de filosófico y cuándo no. En resumidas cuentas: si la Filosofía del derecho se reduce a ser análisis del lenguaje que es derecho y se admite la existencia de posibilidades diversas de análisis de ese específico lenguaje, se ha de fijar el criterio que diferencia al análisis filosófico del análisis que carece de este apelativo.

Pattaro suministra un criterio que, cuando menos, es poco convincente: sólo cuando el lenguaje examinado necesita de aclaración —nos viene a decir— estamos ante un análisis filosófico. No así en caso contrario.

Esta postura plantea tres graves inconvenientes. El primero es el siguiente: no hay, estrictamente hablando, lenguaje lo suficientemente claro como para que no precise del análisis. El lenguaje es situacional y es instrumento de comunicación. Su semántica no es unívoca, sino que está en función de las poderosas variables que derivan del hecho de la comunicación y de los sujetos que intervienen en la misma. Con el lenguaje jurídico ocurre lo propio.

El segundo inconveniente es que incluso aquellos discursos sobre el lenguaje que es derecho, que no pretenden ser filosóficos, intentan, sin duda, clarificar el lenguaje que tienen por objeto. El jurista práctico, y también el lego, intentan, cuando hablan de derecho con un mínimo de concisión, precisar el lenguaje jurídico. Más obligado que todos ellos se siente el jurista dogmático. Se puede decir así de todo metalenguaje sobre el derecho, o al menos de muchos de los posibles metalenguajes

sobre el derecho, que intentan que «el lenguaje recupere el orden, la claridad y la funcionalidad» de la misma manera que el análisis lingüístico de carácter filosófico del que habla Pattaro. En este sentido convendrá este autor que por la vía que él señala no se ve con facilidad la posibilidad de encontrar la diferencia entre el metalenguaje que es Filosofía del derecho y el metalenguaje que no es Filosofía del derecho.

Por último, si se acepta la propuesta de Pattaro, las zonas lingüísticas «claras» del ordenamiento jurídico no pueden ser objeto de análisis lingüístico y, por tanto, no pueden ser objeto de la Filosofía del derecho. Se llega de esta forma a sostener la conclusión de que no hay propiamente una Filosofía del derecho, sino sólo una Filosofía de *una parte* del derecho, la que está oscura y, por tanto, necesita orden y claridad.

5. Filosofía del derecho e interpretación jurídica

El derecho —dice Pattaro— es lenguaje. La Filosofía del derecho, en cuanto trata de poner «orden, claridad y funcionalidad» en ese lenguaje, es un metalenguaje. Pero poner «orden, claridad y funcionalidad» en un lenguaje no es sino *interpretar* ese lenguaje. ¿Qué podría ser si no? *La Filosofía jurídica se reduce así a interpretación del derecho.* ¿Quién negará entonces valor filosófico a la interpretación del jurista práctico? Y con mayor motivo aún, ¿quién se la negará al jurista dogmático? ¿Acaso tanto el uno como el otro no intentan poner orden y claridad en el lenguaje que es derecho? Pero, de esta forma, todos los que se ocupan del derecho harían Filosofía jurídica, puesto que todos ellos pretenden —cada uno ciertamente a su manera— la realización del mencionado análisis. La Filosofía del derecho se convierte así en un hacer universal, y lo que en principio parecía reservado a los iniciados en la especulación filosófica, resulta ser patrimonio fácil de todo jurista. Si se aceptan las premisas de Pattaro, todo jurista hace Filosofía del derecho, y en cuanto hace sólo Filosofía del derecho no hace ciencia jurídica, obviamente porque para ésta no queda ya ningún sitio. La Filosofía jurídica ha perdido así sus contornos y su objeto, ya que se extiende sin límites y, por tanto, carente del rigor prometido, por el inmenso y complicado campo del fenómeno jurídico. La acusación de «globalismo» y de «imperialismo» se vuelve de esta manera contra esta forma de entender la Filosofía jurídica, ya que se muestra incapaz de reconocer la necesidad de diversas instancias epistemológicas. El análisis del lenguaje constituye, sin duda, un instrumento imprescindible en toda tarea inte-

lectual. Es una propedéutica universal, pero sólo utilizable cuando se han definido los distintos campos lingüísticos en los que puede actuar. Y la definición (delimitación) de estos campos lingüísticos no es problema que pueda resolver el análisis del lenguaje, sino el análisis epistemológico.

6. Lenguaje normal y lenguaje jurídico

El lenguaje en que se expresa el derecho es un lenguaje de características muy especiales. No sólo es, en parte, un lenguaje técnico, especializado, y en este sentido hay ya en su misma expresividad un intento de rigor, sino que, además, el campo semántico de multitud de términos jurídicos no se corresponde con el campo semántico de la misma palabra en el lenguaje normal.

Por ejemplo, la palabra «persona». En el lenguaje normal, persona significa «ser humano» y nada más que «ser humano». Todo ser humano es persona, y toda persona es ser humano. No ocurre lo mismo en el lenguaje jurídico, donde bajo el término «persona» se incluyen no sólo los seres humanos nacidos en determinadas condiciones que exige el artículo 30 del Código civil (lo cual ya implica alguna restricción y, por consiguiente, alguna desviación respecto del significado del término en su uso normal), sino también las asociaciones, corporaciones y fundaciones a las que se refiere el artículo 35 y siguientes del mismo cuerpo legal. Es evidente que la palabra «persona» no significa aquí lo que en su uso normal.

Lo propio ocurre, para poner otro ejemplo, con la definición de «buque» que encontramos en el artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil, donde se puede leer: «Se reputarán buques, para los efectos del Código de Comercio y de este Reglamento, no sólo las embarcaciones destinadas a la navegación de cabotaje o altura, sino también los diques flotantes, pontones, dragas, gánguiles y cualquier otro aparato flotante destinado o que pueda destinarse a servicios de la industria o comercio marítimo o fluvial». El legislador, de manera consciente («a los efectos de este Código...»), define el buque de modo distinto a como lo puede definir un analista del lenguaje común, quien no incluiría en la categoría de buque «cualquier aparato flotante» con tal que se dedique a la industria o comercio marítimo o fluvial. Así, el *Diccionario de la Lengua* de la Real Academia reseña, refiriéndose a la palabra buque: «Barco con cubierta que, por su tamaño, solidez y fuerza, es adecuado para navegaciones o empresas marítimas de importancia».

Y en este sentido no todo aparato flotante es buque para el *Diccionario de la Lengua* de la Real Academia, pero si lo es, por ejemplo, el buque de guerra, que, a su vez, no está incluido en la definición del artículo 146. Podemos decir que al buque, en el sentido del Código de Comercio, lo definen dos notas: 1) su dedicación al comercio o industria, y 2) su flotabilidad. En cambio, el uso normal se fija más bien en otras dos cualidades: 1) la adecuación para navegaciones o empresas marítimas de importancia, y 2) su forma de barco.

Los ejemplos se podrían multiplicar indefinidamente. Lo que interesa señalar aquí es que en el lenguaje jurídico, si bien es un lenguaje «especial» o técnico —o al menos en muchas ocasiones lo es—, se utiliza multitud de palabras (no todas, pero sí la mayoría) que corresponden al uso normal del lenguaje, pero a veces con un campo semántico muy diferente.

Si utilizamos la palabra «persona» o la palabra «buque» en una reunión de amigos les daremos un contenido semántico diferente que si las utilizamos ante un tribunal o en el contexto de una lección en la Facultad de Derecho. Ahora bien, si numerosos términos jurídicos no son sino la «redefinición» de términos del lenguaje normal, ¿no se puede decir que el lenguaje del derecho es un lenguaje que *especifica* en una determinada dirección el lenguaje normal? Puede decirse entonces que, en cuanto que muchas veces el derecho tiene como objeto el «análisis» de un lenguaje preexistente (el lenguaje normal) para incorporarlo en sí mismo tras su transformación, el lenguaje jurídico es también —al menos en gran medida— un metalenguaje. Esto es, en el «lenguaje que es derecho», para utilizar la expresión de Pattaro, encontramos, junto a lenguaje, metalenguaje. Por lo que no puede sostenerse que el lenguaje del derecho sea un discurso de primer grado, sino que en ocasiones es también un discurso de segundo grado.

7. Análisis del lenguaje e interpretación de las normas jurídicas

En el derecho no sólo se encuentran proposiciones que pueden calificarse de metalingüísticas respecto del lenguaje normal. También se encuentran proposiciones que hacen referencia a cómo debe realizarse el metalenguaje (análisis lingüístico) en que consiste la interpretación. Existen numerosos ejemplos. Así, por ejemplo, las reglas de interpretación contenidas en los artículos 3 y 4 del Código civil. El artículo 3 reza así: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus pa-

labras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. 2) La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita». El artículo 4 se refiere a otras reglas de interpretación: la aplicación analógica, y la interpretación de las leyes penales, excepcionales y de ámbito temporal, así como el principio de supletoriedad de las normas del Código civil respecto a las materias regidas por otras leyes. Del mismo tenor son las proposiciones que se contienen en los artículos 1.281 y siguientes del mismo cuerpo legal, que se refieren a la interpretación de los contratos.

Análisis del lenguaje de las normas jurídicas es, y no puede ser otra cosa, *interpretación* de las mismas. Los preceptos aludidos contienen proposiciones que se refieren al modo en que el órgano competente debe interpretar otras proposiciones, ya sean proposiciones del mismo texto, ya de otro texto (sea legal, reglamentario, contractual o de cualquier otro género). Es lo que se ha denominado, en mi opinión desafortunadamente, «normas interpretativas». Estas «normas» tienen como objeto la regulación de comportamientos o conductas, como las demás normas jurídicas (exceptuando en cierta manera las llamadas «normas de organización»), pero el objeto de esos comportamientos es precisamente la interpretación. O sea, el análisis lingüístico de las demás normas.

Según esto, la función de análisis lingüístico tiene, en el sentido señalado, dos tareas:

- a) Interpretar las «normas interpretativas».
- b) Interpretar las normas no interpretativas.

Obviamente, interpretar las «normas interpretativas» es tarea previa a la interpretación de las normas no interpretativas. Dicho brevemente: la teoría de la interpretación —teoría pegada estrictamente a los preceptos correspondientes— es previa a la interpretación. Lo único que ocurre es que esa «teoría de la interpretación», al estar condicionada estrictamente por los preceptos legales que la rigen, no puede plantearse el problema de cuáles *deben ser* los criterios interpretativos, donde, como es lógico, también entran en la discusión de su idoneidad los criterios interpretativos extralegales. Por ejemplo, criterios sociológicos no recogidos expresa ni tácitamente en la ley. El analítico del lenguaje (el filósofo, tal como lo concibe Pattaro) se convierte así no ya en el sustituto

del jurista representativo de la Dogmática tradicional, de lo que Ulrich Meyer-Cording ha llamado demasiado enfáticamente *die schlechte Dogmatik*¹³, sino en algo mucho «peor»: en el servidor leal y pegado a la letra de la mentalidad legalista. Pretendiendo huir del mito decimonónico de la exaltación mítica de la ley y del lenguaje del legislador, se cae, al fin, en los mismos errores, aunque eso sí, con nuevas etiquetas. La teoría de la interpretación, que se propone hallar el método idóneo de la interpretación jurídica, es una parte de la Filosofía del derecho, y en cuanto tal no está sometida al lenguaje de ningún legislador, sino que más bien trata de aclarar cuáles son los criterios más idóneos para entenderlo. No es, pues, su tarea el análisis del lenguaje del legislador, sino el establecimiento de los criterios *mejores* para realizar el análisis.

B) REALISMO JURIDICO Y CIENCIA DEL DERECHO

1. La crítica de la ciencia del derecho en la obra de Enrico Pattaro

En el segundo capítulo del libro, a pesar de que su título es «Derecho», no se propone Pattaro dar una definición del mismo, sino tan sólo estudiar algunos problemas de entre aquellos que le parecen más interesantes o que no han quedado suficientemente explicados en el capítulo primero. Su intención es reconducir estos problemas a los planteamientos típicos del realismo jurídico, corriente de la que se declara partidario¹⁴.

Critica, en primer lugar, la posición teórica de Kelsen al separar *sein* y *sollen*, añadiendo que el *sein* corresponde al *müssen*¹⁵. En opinión de Pattaro, el jefe de la Escuela de Viena no ha podido prescindir absolutamente del elemento fáctico en su construcción normativista, ya que al señalar que toda norma prevé una sanción y que, por consiguiente, toda norma está respaldada por la fuerza, «no consigue mantener en un plano rigurosamente formal el concepto de norma jurídica», ya que «si toda sanción es una interferencia forzosa en la esfera de los intereses de un sujeto, si toda norma jurídica prevé una sanción, entonces todas las nor-

¹³ Meyer-Cording, U.: *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein? (Zum Selbstverständnis der Rechtswissenschaft)*, Tübinga, 1973, págs. 32 y ss.

¹⁴ Pattaro, *op. cit.*, pág. 101.

¹⁵ *Ibid.*, págs. 105-106.