LUIGI FERRAJOLI

EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA Y GARANTISMO

DISTRIBUCIONES FONTAMARA

Primera edición: 2004

Reservados todos los derechos conforme a la ley

ISBN 968-476-479-0

© Luigi Ferrajoli
© Distribuciones Fontamara, S. A.
Av. Hidalgo No. 47-b, Colonia del Carmen
Deleg. Coyoacán, 04100, México, D. F.
Tels. 5659•7117 y 5659•7978 Fax 5658•4282

Impreso y hecho en México
Printed and made in Mexico

INTRODUCCIÓN

Uno de los principales objetivos de una teoría del derecho es suministrar las herramientas conceptuales necesarias para distinguir entre enunciados jurídicos verdaderos y falsos. Identificar las condiciones de verdad de estos enunciados y las condiciones en las que estamos justificados en sostener ciertas creencias acerca del derecho forman parte del repertorio clásico de los problemas epistemológicos que afligen recurrentemente a los juristas. No es difícil señalar ejemplos de estos problemas: ¿Qué determina la corrección de un argumento jurídico? ¿Cuáles son las diferencias entre la argumentación jurídica y la argumentación moral? ¿Es necesario construir diferentes teorías del derecho cuando se reconoce la relevancia de la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo? Proporcionar una respuesta adecuada a estas interrogantes y a otras de similar tenor ha sido una parte central de diferentes programas de investigación en la filosofía del derecho contemporánea. Sin embargo, los recursos empeñados en el análisis de estas cuestiones no parecen guardar directa proporción con los avances acerca de la manera en que deben abordarse y resolverse estos problemas. Los juristas y filósofos del derecho parecen debatir interminablemente, y sin posibilidad cierta de progreso, acerca de lo que debe reunir una buena respuesta a los problemas centrales de su disciplina. De esta manera, la respuesta a la pregunta "¿Qué es lo que conocemos cuando conocemos el derecho?" parece siempre provisoria y abierta a debate.

A menudo, como señala Hart en un conocido párrafo de *The Concept of Law*, las dificultades que enfrentan los juristas cristalizan en afirmaciones paradójicas o extravagantes y, a diferencia de lo que sucede en otras disciplinas en las que esas afirmaciones son descartadas sin mayor preocupación, en la teoría del derecho, ellas son con frecuencia el resultado de estudios elaborados por prestigiosos teóricos, bien familiarizados con su disciplina de trabajo. Aún más sorprendente es que esas afirmaciones extravagantes, normalmente son importantes y ponen de manifiesto aspectos relativamente descuidados de nuestras prácticas jurídicas. En este sentido, el análisis de los problemas conceptuales con que se enfrenta el jurista requiere de un esfuerzo consistente de discusión, depuración y reconstrucción de doctrinas y propuestas alternativas. Esta tarea no debe producir sorpresa ya que nos encontramos con similares propuestas en otras investigaciones filosóficas. En palabras de G. H. von Wright:

> Cualquier argumento acerca de una posición básica, digamos, el determinismo, tendrá que superar o trascender los argumentos de un punto de vista opuesto. Superación, rara vez significa solamente refutación; normalmente, también involucrará una aceptación parcial de la posición opuesta. Una contribución a la filosofía bien fundamentada es un elemento en un diálogo que el próximo contribuyente no podrá pasar por alto si ha de estar al nivel con esos desarrollos [...] Gracias a este hecho, se puede hablar de *progreso* en filosofía, aún cuando no existan modos de *resolver* los desacuerdos básicos.[1]

Tal vez la conclusión de von Wright acerca de la imposibilidad de resolver desacuerdos básicos sea demasiado pesimista.[2] Sin embargo, aunque puede haber dudas acerca de la natu-

---

[1] G. H. von Wright, "Intellectual Autobiography", en *The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, P. Schilpp, *et. al.* (eds), La Salle, Open Court, 1989, p. 52.

[2] Para un enfoque diferente acerca de la solución de problemas conceptuales y progreso en teoría del derecho *véase*: J. Raz, "Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison", en *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 1-38.

raleza y posibilidad de solución de los problemas filosóficos, es más fácil acordar acerca de la necesidad de vincular el progreso en filosofía con la discusión racional de enfoques alternativos. Si esta caracterización del debate filosófico fuese correcta, entonces es posible extraer una importante conclusión, particularmente relevante para la filosofía del derecho: una discusión filosófica fructífera exige una buena presentación de doctrinas alternativas, un conocimiento sólido de los contextos en que han surgido sus principales ideas y una considerable dosis de talento para detectar sus novedosas consecuencias.

Estas tres virtudes asociadas al desarrollo y progreso en filosofía, *imparcialidad* en la reconstrucción de alternativas teóricas, *dominio* de los acontecimientos culturales asociados al surgimiento y consolidación de propuestas teóricas o diseños institucionales, y *creatividad* en el análisis crítico, están presentes de manera sobresaliente en los diferentes trabajos que Luigi Ferrajoli ha publicado a lo largo de casi cuatro décadas de investigación en teoría del derecho, lógica deóntica, filosofía política y teoría moral.

Ferrajoli es un notable filósofo del derecho y su influencia no se agota en los ámbitos de la teoría del derecho. Por el contrario, al igual que otros conocidos teóricos, sus escritos también han marcado rumbos decisivos en otras disciplinas, por ejemplo en el derecho penal o el derecho constitucional.[3] En *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ferrajoli muestra la importancia que tiene para el filósofo del derecho una clara comprensión de los problemas que ocupan a los juristas dogmáticos y a los encargados de desarrollar políticas sociales con

[3] Los vínculos entre filosofía del derecho y los estudios de derecho positivo son muy importantes, y muchas contribuciones de filósofos del derecho son consideradas clásicas para el estudio del Derecho Internacional Público (*e.g.* Kelsen, Ross); Derecho Penal (*e.g.* Hart, Ross, Michael Moore, Luhman); Derecho Constitucional (Kelsen, Dworkin, Guastini). De igual modo, no es infrecuente que las doctrinas elaboradas en el contexto de análisis de una disciplina especifica tenga una fuerte influencia entre los teóricos del derecho. En este sentido, un notable ejemplo es la influencia que Beccaria ejerció sobre el joven Bentham. Al respecto *véase* H. L. A. Hart, "Beccaria and Bentham", en *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1982, pp. 40-52.

ayuda del derecho. En particular, en ese trabajo Ferrajoli delinea y defiende las tesis centrales del garantismo penal. Sus presupuestos conceptuales y sus herramientas de análisis están firmemente anclados en la filosofía analítica y el positivismo jurídico.

Las expresiones "filosofía analítica" y "positivismo jurídico" pueden suscitar confusión ya que no siempre son utilizadas de manera unívoca. No es este el lugar propicio para ofrecer una caracterización de estas corrientes de pensamiento y sólo destacaremos que una marca característica de la filosofía analítica es su interés por el lenguaje. Al respecto, Eugenio Bulygin ha señalado:

> La preocupación constante por el lenguaje no sólo ha permitido afrontar con mayor rigor muchos problemas filosóficos tradicionales, sino que ha tenido efectos, por así decirlo, colaterales: el cultivo intensivo de la lógica y el nacimiento de una nueva disciplina filosófica, la semántica.[4]

La lógica y la semántica ocupan un lugar preponderante en los trabajos de Ferrajoli. Un buen testimonio de esta preocupación son los dos primeros trabajos de esta compilación: "La semántica en la teoría del derecho" y "La formación y el uso de los conceptos en la ciencia jurídica y la aplicación de las leyes". En estos trabajos, Ferrajoli enfrenta algunos de los problemas centrales de una epistemología del derecho, e.g. los diferentes objetos de conocimiento asociados a diferentes teorías del derecho, las diferencias epistemológicas entre punto de vista interno y externo, las tensiones entre normativismo y realismo jurídico, las conexiones y diferencias entre verdad empírica y verdad jurídica, la cientificidad del discurso jurídico, etc.

Entre los aportes más relevantes de Ferrajoli a la teoría del derecho, se encuentra su reconstrucción teórica del garantismo.

---

[4] Eugenio Bulygin, "Filosofia Analítica, logica e diritto", en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Turín, Giapichelli, 1996, p. 10.

Entre los diversos sentidos de esta expresión, Ferrajoli se interesa principalmente por las referencias a:

(I) el Estado de Derecho y sus niveles de deslegitimación;
(II) a la teoría del derecho y a la crítica jurídica, y
(III) a la filosofía del derecho y la crítica de la política.[5]

Al respecto, él señala:

> Estas tres acepciones de "garantismo", de las que hasta aquí he proporcionado una connotación solamente penal, tienen a mi juicio un alcance teórico y filosófico general que merece ser explicado. Delinean, efectivamente, los elementos de una teoría general del garantismo [...] Estos elementos no valen sólo en el derecho penal, sino también en otros sectores del ordenamiento. Por consiguiente, es también posible elaborar para ellos, con referencia a otros derechos fundamentales y a otras técnicas o criterios de legitimación, modelos de justicia y modelos garantistas de legalidad –de derecho civil, administrativo, constitucional, internacional, laboral– estructuralmente análogos al penal aquí elaborado. Y también para ellos las aludidas categorías, en las que se expresa el planteamiento garantista, representan instrumentos esenciales para el análisis científico y para la crítica interna y externa de las antinomias y de las lagunas –jurídicas y políticas– que permiten poner de manifiesto.[6]

Este párrafo ilustra, claramente, que Ferrajoli no defiende una teoría positivista del derecho o una ideología de exaltación del derecho positivo.[7] Su adhesión al positivismo jurídico, en cambio, se limita a su enfoque o metodología, y por ello sostiene que "el principal presupuesto metodológico de una teoría general del garantismo está en la separación entre derecho y moral y, más en general, entre ser y deber ser..."[8] A su vez, otra de las tesis

---

[5] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 851-854.

[6] *Ibid.*, p. 854.

[7] Para una diferencia entre un enfoque positivista, una teoría positivista y una ideología del derecho positivo, *véase* Bobbio.

[8] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón...*, *op. cit.*, p. 854.

características de un enfoque positivista, la dependencia del derecho de decisiones de las autoridades, se afirma una y otra vez a lo largo de su obra. Así, al analizar las relaciones entre garantismo y positivismo jurídico, afirma:

> La novedad del derecho moderno no radica tanto en los contenidos (extraordinariamente parecidos, en particular en el derecho privado, a los romanos), como sobre todo en la forma "legal", "convencional", o "artificial", es decir, "positiva" del derecho vigente consiguiente a la nueva fuente de legitimación: ya no la *veritas* sino precisamente la *auctoritas*. Y esto, si de un lado lleva consigo la separación del derecho positivo de la moral y la política, del otro comporta la separación de la ciencia del derecho del derecho mismo, que por primera vez se autonomiza como "objeto" o "universo" empírico relativamente independiente de la actividad de los juristas.[9]

Algunas veces la filosofía analítica y el positivismo jurídico han sido cuestionados por su esterilidad, su énfasis en aspectos formales de los fenómenos sociales sin comprometerse ni resolver problemas sociales o filosóficos sustantivos.[10] En este sentido, David Dyzenhaus ha impugnado que el positivismo jurídico pueda ofrecer una respuesta interesante a, por ejemplo, el papel que los jueces tienen en un Estado de Derecho:

> Se sigue que el positivismo jurídico [...] no juega ningún papel en los debates políticos acerca del rol de los jueces en la sociedad. Así, parece que la filosofía del derecho, al menos tal como es concebida por el positivismo jurídico, es una empresa aún más esotérica que lo que sus críticos suponen que es. Por ejemplo, no tendría casi nada que decir acerca de los debates que crecen en Inglaterra y Estados Unidos de Norte América acerca del papel apropiado para los jueces en la revisión de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review in public law*).[11]

---

[9] *Ibid.*, p. 869.

[10] Acerca de esta crítica a la filosofía analítica, *véase* Dummet, M., *The Logical Basis of Metaphysics*, pp. 1-8.

[11] Dyzenhaus, D., "The Legitimacy of Law: A Response to Critics", en *Ratio Iuris*, núm. 7, 1994, p. 81.

No es nuestra intención abrir una polémica sobre las afirmaciones de Dyzenhaus, pero es probable que ellas causen sorpresa a quienes están familiarizados con los textos de Ferrajoli. A lo largo de su extensa obra, Ferrajoli ha intentado responder de manera articulada a la pregunta de cuál es el papel que los jueces deben jugar en el moderno Estado de Derecho, que ejemplifica una diversidad de pautas normativas (*i.e.* reglas y principios) y una apertura explícita y sin precedentes al discurso moral. Un claro testimonio de la preocupación de Ferrajoli por los compromisos de jueces y juristas en un Estado Constitucional se refleja en su trabajo, "Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el estado constitucional de derecho", incluido en este volumen. Allí, Ferrajoli no sólo insiste en el desarrollo de recursos teóricos inherentes al positivismo y critica a quienes (*i.e.* los "paleopositivistas") se niegan a admitir los cambios que ha representado el modelo constitucional de Estado de Derecho, sino que también advierte sobre la necesidad de una ciencia jurídica militante en la defensa de la libertad, la igualdad y la justicia.

En los modernos Estados de Derecho, la autoridad normativa ha subordinado la validez de las normas a su adecuación a contenidos sustantivos expresados mediante principios constitucionales. En este sentido, no sólo los jueces sino también los juristas tienen que distinguir cuidadosamente entre la vigencia y la validez de las normas jurídicas. La validez de las normas jurídicas está subordinada a su adecuación a pautas morales, y ello significa que las probables antinomias que se encuentran en los ordenamientos jurídicos entre preceptos constitucionales y las leyes ordinarias no tienen sólo una importancia teórica sino también un profundo ingrediente moral y una directa repercusión sobre la democracia. Por esa razón, Ferrajoli afirma en el último trabajo incluido en este volumen, "Iuspositivismo Crítico y Democracia Constitucional", que:

> ...la dimensión sustancial de la validez de las leyes en el estado constitucional de derecho, determinada por los principios sustanciales que no pueden ser derogados por sus contenidos, se traduce en una dimensión sustancial de la democracia misma. De

> la misma manera en la que la dimensión formal de la vigencia, determinada por las reglas de procedimiento sobre la forma de las decisiones, corresponde a la dimensión formal de la democracia.[12]

Tal vez estas respuestas a las relaciones entre las estructuras normativas, nuestras expectativas morales y un adecuado diseño institucional no sean definitivas, pero son indudablemente valiosas. Como hemos señalado al comienzo de esta presentación, tal vez la búsqueda de una respuesta definitiva a los problemas filosóficos sea sólo una ilusión, pero indudablemente, el progreso en teoría del derecho no será posible sin un amplio debate de las ideas y aportes de Ferrajoli.

*José Juan Moreso**
*Pablo E. Navarro***

[12] Ferrajoli, Luigi, "Iuspositivismo crítico y democracia constitucional". Se cita según la versión publicada en *Isonomía*, núm. 16, 2002, p. 13.

* Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.
** CONICET, Argentina.

PRIMERA PARTE

METATEORÍA DEL DERECHO

LA SEMÁNTICA DE LA TEORÍA DEL DERECHO*

1. LA EXTENSIÓN DE LA TEORÍA DEL DERECHO

Por "objeto" o "universo del discurso" o "modelo semántico" de la (o de una determinada) teoría del derecho entiendo aquí, sumariamente, el conjunto de cosas y/o de experiencias de las cuales la (o una determinada) teoría del derecho habla. El único presupuesto metatéorico de esta noción tan general es que la teoría del derecho se conciba como una teoría que no es ni analítica ni filosófica, sino empírica: es decir, como una teoría cuyos términos y cuyas tesis mantienen una relación semántica con un determinado ámbito de la experiencia o de la realidad. Este ámbito de la experiencia o de la realidad es precisamente aquel que convenimos en denominar con la palabra "derecho". Precisamente –si se acepta que el denominado "derecho natural" no se corresponde con ningún ámbito de la experiencia o de la realidad empírica– se trata del derecho positivo (o de los derechos

* El presente escrito ofrece los resultados de una primera reflexión sobre la semántica de la teoría del derecho conectada con un trabajo de teoría del derecho en curso de elaboración. Quedan fuera del presente trabajo el examen de la dimensión pragmática y de la dimensión sintáctica del lenguaje teórico-jurídico que requieren un tratamiento separado. Traducción de José Juan Moreso.

positivos) espacialmente e históricamente observable (u observables).[1]

Es cometido de la (metateoría) semántica de la teoría del derecho la identificación del conjunto de cosas y/o experiencias que forman el objeto de la teoría del derecho y respecto de las cuales las tesis en ésta formuladas pueden ser interpretadas y verificadas. Distinguiré la cuestión del "objeto o "universo" de la teoría del derecho, o bien de su "interpretación semántica", en dos cuestiones más precisas que se corresponden grosso modo a los dos significados de "significado", comúnmente distinguidos en la teoría lógica. La primera cuestión es la que puede denominarse de la "extensión" de la teoría del derecho, es decir, del campo de investigación por ella denotado. La segunda cuestión, es aquella que puede llamarse de la "intensión" de la teoría del derecho, es decir, de los contenidos conceptuales en ella expresados o connotados.

La cuestión de la extensión de la teoría del derecho se identifica con la de los ámbitos de la experiencia a los cuales la teoría puede aplicarse y en referencia a los cuales sus tesis deben resultar verdaderas. Se relaciona, ciertamente, la extensión de la teoría con el (discutible) carácter "general" comúnmente asociado a la teoría del derecho en la locución "teoría general del derecho". De la extensión me limitaré a decir, en estas páginas, que queda confiada a la libre elección del teórico y, en cualquier caso varía, con arreglo a un conocido principio lógico, en relación inversa con la intensión de la teoría.[2] Pueden conjeturarse dos casos límites. Puede darse el caso de una teoría del derecho

---

[1] Hay un nexo evidente entre "empirismo jurídico" o concepción de la teoría del derecho como teoría empírica en lugar de filosófica, y "positivismo jurídico" o identificación del objeto de la teoría y de la ciencia del derecho con el derecho "positivo", o bien, según las palabras de Norberto Bobbio, con el derecho "como hecho" en lugar de "como valor", o con el "derecho real" en lugar de con el "derecho ideal", o con el "derecho como es" en lugar de con el "derecho como debe ser" (Bobbio, N., *Il positivismo giuridico,* Torino, Giappichelli, 1961, pp. 190 y 196; *Id., Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizione di Comunità, 1965, p. 105; *Id., Intervento alla Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 70).

[2] E. Nagel, *La struttura della scienza*, trad. it. de C. Sbiorgi y A. Monti, Milano, Feltrinelli, 1968, pp. 111 y 159.

que asuma como referencia empírica propia todos los derechos positivos existentes y pasados, o incluso aquellos posibles o pensables, de los ordenamientos jurídicos de las comunidades primitivas a aquellos evolucionados y complejos de los Estados modernos hasta el derecho internacional. Puede darse, en el extremo opuesto, el caso de una teoría del derecho cuyo universo del discurso sea programáticamente circunscrito a un sólo sistema jurídico: por ejemplo, el derecho positivo italiano del día 31 de diciembre de 1982, o el derecho positivo romano en la época de las XII Tablas. En el primer caso, especialmente difundido entre los filósofos del derecho de formación idealista, tendremos una teoría del derecho tendencialmente filosófica, dedicada a la elaboración de conceptos jurídicos universales en cuanto idóneos para ser aplicados o interpretados en todos los ámbitos de la experiencia jurídica posibles y que, por lo tanto, será una teoría del derecho no sólo extremadamente general sino también extremadamente genérica y elemental, dotada de la máxima extensión pero de una intensión mínima, y por ello con escasa capacidad analítica y explicativa en relación con las estructuras tan diferenciadas exhibidas por los diversos derechos positivos. En el segundo caso tendremos, por el contrario, una teoría del derecho que tiende a identificarse con la dogmática jurídica del derecho positivo específico con referencia exclusiva al cual sus tesis deben resultar verdaderas, y que por lo tanto será una teoría del derecho ni general ni generalizable, de un alcance explicativo limitado al ámbito específico de experiencia asumido como su campo de observación, y por ello dotada de una intensión máxima pero de una mínima extensión o alcance empírico.[3]

[3] Es dudoso, en los dos casos límites examinados, que sea lícito hablar de la teoría del derecho en el sentido de "teoría empírica". En el primer caso, se corre el riesgo de que se diluya el carácter "empírico" de la teoría, puesto que en cuanto orientada a establecer normativamente las condiciones abstractas o ideales en presencia de las cuales se puede hablar de "derecho" se dedica a la formulación de conceptos *a priori* de la experiencia, no anclados en ningún campo de observación, y por ello tendencialmente filosóficos. En el segundo caso, se corre el riesgo de que se diluya el carácter de "teoría" del discurso elaborado, puesto que en cuanto referido exclusivamente a un ámbito específico de la experiencia jurídica no se distinguiría de los discursos observacionales desarrollados por la dogmática jurídica.

Las teorías del derecho más importantes desarrolladas en este siglo representan una vía intermedia: no son teorías "generales" (aunque a menudo reivindican esta calificación), en el sentido que no son interpretables o verificables en todos los ámbitos de la experiencia jurídica existentes y pasados o incluso posibles, sino que sólo lo son con referencia a sistemas jurídicos históricamente determinados como son los derechos estatales modernos. Y tampoco son teorías del derecho de alcance o extensión limitada a un sólo sistema jurídico, puesto que la capacidad explicativa y el alcance empírico de sus términos y de sus tesis hacen referencia a varios sistemas de derecho positivo, si bien homogéneos entre sí. Lo que aquí importa dejar sentado es que toda teoría del derecho, en cuanto teoría *empírica*, tiene siempre un campo de observación espacial y temporalmente determinable, cuya extensión es inversamente proporcional a la intensión de la teoría; y que por otra parte el atributo "general", asociado habitualmente a "teoría del derecho", es una expresión a la vez equívoca y redundante, que alude solamente al alcance empírico más amplio que cualquier teoría del derecho, en cuanto *teoría*, posee en relación con las dogmáticas específicas de los sistemas específicos del derecho positivo.

2. EL NORMATIVISMO Y EL REALISMO JURÍDICO

La segunda cuestión, indicada al comienzo, referida al objeto o universo de la teoría del derecho es bastante más compleja. Ya no trata de la extensión de la palabra "derecho" o de los ámbitos de experiencia a los cuales la teoría del derecho es aplicable, sino de las connotaciones intensionales de los términos y de las tesis teóricas que a ellos se refieren. Y requiere por ello que sea elucidada la naturaleza específica de la experiencia empírica en relación con la cual es posible determinar la verdad de las tesis de la teoría.

¿Qué se entiende por "experiencia empírica"? En un sentido aproximado, pero suficientemente claro para nuestros fines, se entiende el conjunto de hechos que en el lenguaje común llama-

mos "hechos observados", sean cuales fueren los instrumentos, los métodos y los procedimientos usados para su observación.[4] El problema semántico que en sede de metateoría del derecho debemos afrontar es entonces: ¿cuáles son los "hechos observados" de la teoría del derecho, y más en general de la ciencia jurídica?

Esta pregunta tiene dos posibles y diferentes respuestas. La primera respuesta es que los "hechos observados" de la teoría, y más en general de la ciencia del derecho, son las *normas jurídicas*, es decir el conjunto de reglas más o menos codificadas que componen los sistemas de derecho positivo. Estos hechos, como es sabido, tienen una naturaleza particular: son hechos lingüísticos, esto es, fenómenos que aun si no expresados en textos lingüísticos codificados, son en cualquier caso representables como proposiciones con sentido y que tienen función prescriptiva. En los derechos positivos modernos, como resultado de la unificación, concentración y reglamentación estatal de las fuentes de producción del derecho, estas proposiciones se hallan incluso formuladas y sistematizadas en documentos normativos cuyo conjunto se presenta como un universo lingüístico complejo y articulado –el discurso del legislador, expresado en un lenguaje legal más o menos tecnificado– caracterizado por una unidad interna, una coherencia relativa y una tendencial completud.

Pero existe una segunda respuesta que puede darse a la pregunta acerca de la naturaleza de la experiencia empírica estudiada por la ciencia jurídica. Consiste en afirmar que los "hechos observados" por la teoría y por la ciencia del derecho son, en general, los *fenómenos jurídicos*, entendiendo por esta expresión los comportamientos de los seres humanos con relación a un determinado sistema de derecho positivo y el modo en que éste concretamente funciona. Estos fenómenos no son únicamente hechos lingüísticos ni mucho menos son sólo proposiciones normativas. Consisten, en lugar de en normas, en actividades,

---

[4] Braithwaite, R. B., *La spiegazione scientifica*, trad. it. de G. Jesurum, Milano, Feltrinelli, 1966, p. 8.

acaecimientos, personas, relaciones entre personas, procedimientos, orientaciones interpretativas, prácticas legales o ilegales de los órganos públicos y en particular de aquellos responsables de las decisiones jurisdiccionales; esto es, en el conjunto de todas las cosas y las experiencias de las que habla (y tal vez de las que no habla) el discurso del legislador y que, en cualquier caso, son en relación con dicho discurso jurídicamente calificables.

Como es sabido, estas dos diversas respuestas a nuestra interrogación sobre la naturaleza de la experiencia empírica asumida como universo del discurso de la teoría del derecho han sido ambas ofrecidas en sede de filosofía de la ciencia jurídica. La primera respuesta, es aquella que caracteriza la teoría del derecho como una teoría *normativista* y la ciencia jurídica como una ciencia normativa, en el sentido que más adelante será precisado, además de descriptiva (de normas jurídicas). La segunda respuesta, es aquella que caracteriza la teoría del derecho como una teoría *realista* y la ciencia jurídica como una ciencia sociológica puramente descriptiva (de los fenómenos jurídicos). Los universos del discurso de estos dos enfoques teóricos distintos son, como es obvio, profundamente diversos, y se corresponden a dos distintos modelos semánticos o de interpretación empírica del derecho. El primer modelo es aquel que representa la *dogmática jurídica*, que tiene por campo de observación inmediato las normas vigentes puestas por el legislador de las cuales determina el sentido y las condiciones formales de validez, y sólo mediatamente los fenómenos jurídicos de los cuales las normas hablan. El segundo modelo está representado por la *sociología jurídica*,[5] que tiene como campo de observación in-

[5] La expresión "sociología jurídica" (o "del derecho") es aquí usada en el sentido muy extendido indicado por Alf Ross, esto es, para referirse a los estudios no sólo sociológicos, sino también politológicos, "psicológicos e históricos sobre el derecho en acción", es decir entendido como fenómeno de la vida social (Ross, A., *Diritto e giustizia*, trad. it., de G. Gavazzi, Torino, Einaudi, 1965, p. 20, nota 1).

Se comprende que los conceptos de "dogmática jurídica" y de "sociología del derecho", como el de "teoría del derecho" aparecen aquí distinguidos en el plano metodológico a los fines de la diferenciación y caracterización semántica de los lenguajes y discursos respectivos. En la práctica, naturalmente, discursos teóricos, discursos dogmáticos y discursos sociológicos aparecen mezclados, y mezclados a su vez con