



# LA TEORÍA DEL DERECHO: ENTRE LA CIENCIA Y LA NADA

---

*Luis Martínez Roldán*

Que la Revista "Persona y Derecho" haya dedicado el presente volumen a un estudio monográfico sobre la *Teoría del Derecho* creo que ha sido enormemente oportuno y conveniente. En estos momentos en los que todas las Facultades de Derecho se ocupan en la difícil y caótica –por falta de una política legislativa coherente y racional– tarea de la reforma de los Planes de Estudios en orden a su inmediata implantación<sup>1</sup>, es sin duda positivo y conveniente para profesores y alumnos reflexionar sobre el concepto, método y estatuto científico de esa Teoría del Derecho que, como asignatura troncal, va a sustituir oficialmente a la ya vieja disciplina del "Derecho Natural". Y digo oficialmente porque en la práctica la mayoría de los profesores, y desde hace ya algún tiempo, hemos venido centrando nuestras explicaciones más en una Teoría del Derecho que en reflexiones propiamente iusnaturalistas.

En esta misma línea quisiera hacer algunas consideraciones sobre el carácter científico de la Teoría General del Derecho y

1. En algunas Facultades, como es el caso de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, el nuevo Plan ya hace tres años que se ha implantado, y sabido es que profesores y alumnos estamos anhelando y suspirando por que nos aprueben ya la "Contrarreforma del Plan", ante los resultados tan lamentables, debidos sin duda a una falta total de planificación y previsión. Deseo de veras que quienes están andando de forma más pausada ese difícil camino obtengan mejores resultados.

también algunos escarceos en el campo de la Dogmática jurídica. Lamento contribuir con ello a aumentar la fatiga de algunos que entienden que la tarea es utópica, cuando no inútil, y que oculta en el fondo una veta de irracionalismo inspirada tal vez en los muchos irracionalismos políticos, ideológicos y religiosos que hoy prosperan<sup>2</sup>.

Yo no creo que sea inútil o irracional, ni mucho menos que se deba a la falta de prestigio social de los juristas y de la labor teórica que éstos desarrollan y que pretenden superarla –a juicio de algunos– usurpando el nombre de "ciencia" para una actividad, de cuyo carácter "acientífico" es buena muestra –a juicio de Radbruch<sup>3</sup>– ese constante replanteamiento.

A mí, por el contrario, ese renovado malestar que ha provocado una abundante literatura sobre la problemática epistemológica de la Jurisprudencia en general, no me produce fatiga, sino un aliento esperanzador. El simil de Radbruch, como toda comparación, no me parece acertado. Tal vez en su tiempo la "medicina preventiva" no tuviese tanta importancia, pero en cualquier caso, la actividad científica –desde siempre– no ha sido otra cosa más que una constante búsqueda y replanteamiento de su objeto y, en conse-

2. Roberto J. VERNENGO, en su artículo *Ciencia jurídica o Técnica Política: ¿es posible una Ciencia del Derecho?*, Doxa nº 3, págs. 289 y 294 nos dice: "Confieso una cierta fatiga ante el renovado malestar que los juristas, insatisfechos al parecer con los logros y perspectivas de su quehacer teórico, no dejan de formular expresivamente, aunque poco o nada modifiquen en la actividad que denigran"... "se me ocurre que en las tendencias contemporáneas, que machaconamente ponen en el banquillo de los acusados, a una ciencia jurídica que, por otra parte, los propios impugnadores utilizan y desarrollan, se oculta una veta de irracionalismo, inspirada quizás en los tantos irracionalismos políticos, ideológicos, religiosos, etc. que hoy prosperan".

3. G. RADBRUCH, en su *Introducción a la ciencia del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid 1930, pág. 250, nos dice: "Así como los hombres que suelen atormentarse, observándose excesivamente a sí mismos, están enfermos la mayor parte de las veces, así también las ciencias que tienen que ocuparse demasiado con la teoría sobre su propio método, suelen ser ciencias enfermas. La ciencia sana y el hombre sano no suelen saber mucho sobre sí mismos".

cuencia, pienso que en este caso no procede hablar de una "obsesión enfermiza", sino más bien de una "saludable inquietud".

El hecho de que se ignoren o no se planteen ciertos problemas no quiere decir que éstos no existan o estén solucionados, sino simplemente la negativa o la incapacidad a situarse en ciertas cotas de reflexión teórica que son necesarias para observar el problema. Es cierto que en general –y lo digo con el máximo respeto– los biólogos, astrónomos, físicos o matemáticos –y mucho más los carpinteros, los tipógrafos, etc.– no se paran tanto en la tarea de cuestionarse el estatus científico de lo que hacen, pero ello no se debe tan sólo a una ausencia de problemas, sino también a una mentalidad mucho más práctica y sin duda a una desconexión de la reflexión filosófica –Filosofía de la Ciencia–, cosa que no sucede ni ha sucedido en los saberes jurídicos donde la Filosofía del Derecho ha venido propiciando una importante reflexión crítica no sólo en el aspecto epistemológico de la ciencia del Derecho, sino también en otros ámbitos de la realidad jurídica.

Estas reflexiones se refieren a la ciencia del Derecho en general, pero no cabe duda de que, en relación con el Derecho, contamos con una pluralidad de saberes cuya problemática epistemológica es muy variada y cuyo tratamiento lógicamente debe ser distinto. Como ya adelanté al principio de este trabajo quisiera centrarme sobre todo en la Teoría General del Derecho y de forma más tangencial en la Dogmática jurídica, que en definitiva son las dos ramas que normalmente se han venido englobando bajo el rótulo general de Jurisprudencia.

De todos son conocidas las enormes dificultades que históricamente se le han venido planteando a estas dos ramas del saber jurídico –sobre todo a la Dogmática– en orden a reconocerles un auténtico estatuto científico. Desde siempre han venido rodeadas de una aureola de "normatividad", de "practicidad" y de "particularidad" que las ha hecho incompatibles con un modelo de ciencia cuya "neutralidad", "seguridad" y "generalidad" han sido exage-

radas y casi mitificadas<sup>4</sup>. Ello ha hecho que en muchos casos hayan sido relegadas al plano inferior, o por lo menos distinto y más práctico, de la técnica o del arte.

No obstante pienso que algunas de estas dificultades se obviarían, y conseguiríamos también una más clara estructuración de esta reflexión, si lográsemos reducir la gran ambigüedad de los términos "ciencia" y "técnica" y a la vez concretar el ámbito de la llamada Jurisprudencia en general. Pues, como dice Austin, "la misma palabra Jurisprudencia no está tampoco libre de ambigüedades y ha sido utilizada para designar lo siguiente: el conocimiento del Derecho como una ciencia, junto con el arte, el hábito práctico o la destreza de aplicarlo"<sup>5</sup>.

Por supuesto que no pretendo dar la respuesta definitiva a interrogantes tales como ¿qué es la ciencia? o ¿qué es la técnica?. Preguntas aparentemente tan sencillas pero cuya respuesta reviste una enorme dificultad, y no porque no haya respuesta, sino porque, como dice P. Thuillier<sup>6</sup>, tal vez haya demasiadas. Pero sí creo que se evitarían muchos malentendidos si supiéramos de dónde parte cada uno, y en este sentido quiero que quede claro, aunque sólo sea de forma estipulativa, cuáles son los conceptos de "ciencia" y de "Técnica" de los que parto.

Si tenemos en cuenta la distinción establecida por Dilthey entre el conocer, el sentir y el querer, creo que no habría mayor dificultad en consentir que la ciencia se sitúa de lleno en el ámbito del "conocer". En este sentido entiendo –siguiendo, aunque sólo en parte, la concepción kantiana– *que la ciencia consiste en una estructura debidamente sistematizada de conceptos y categorías*

4. Vid. Miguel A. QUINTANILLA, en su artículo *El Mito de la Ciencia*, recogido en el *Diccionario de Filosofía Contemporánea*, Sigüeme, Salamanca 1976, págs. 67 y ss.

5. John AUSTIN, *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1981, pág. 35.

6. Pierre THUILLIER, *La manipulación de la ciencia*, Editorial fundamentos, Madrid 1975, pág. 9.

*lógicas que posibilitan el conocimiento y la explicación coherente de una realidad.* Concepto de Ciencia que exige un cierto nivel de *abstracción* y de *teorización*, y en consecuencia un cierto nivel de *generalidad*. Por otra parte, su carácter descriptivo está, en principio, reñido con todo tipo de función valorativa y constructiva. Independientemente de que ese conocimiento pueda ser utilizado por el hombre para establecer valoraciones, y admitiendo también en la ciencia una cierta dimensión "constructiva", pero sólo en cuanto que ésta crea esa estructura de conceptos y categorías y en este sentido crea también el objeto en cuanto un todo coherente y sistemático –construcción epistemológica–. Pero de esto a la llamada "construcción social de la realidad", defendida por algunas teorías sociales, pienso que hay una gran diferencia; lo que tampoco es óbice para reconocer –pero en un contexto diferente– que hay bastante de verdad cuando se dice, como hace el profesor G. Amado, que "el Derecho es lo que se dice sobre el Derecho... y que si el objeto Derecho se constituye y se recrea permanentemente al hablar de él, a tal constitución contribuye todo discurso sobre el Derecho que pueda tener efectos sobre la forma ulterior de entender y vivir lo jurídico en la sociedad correspondiente"<sup>7</sup>. En cuanto a ese "cierto nivel de generalidad" requerido por la ciencia, efectivamente creo que la científicidad de un conocimiento está en proporción directa a la generalidad, lo que no es óbice para que realidades concretas sean objeto de conocimiento científico, siempre que este tratamiento teórico tenga la suficiente abstracción teórica y conceptual.

Sin embargo "la técnica" parece lógico situarla en el ámbito práctico de la voluntad y del "querer", y puede ser entendida en dos niveles diferentes o desde dos dimensiones distintas en función de su esencial interrelación con la ciencia:

7. Juan A. GARCÍA AMADO, *Sobre los modos de conocer el Derecho, o de cómo construir el objeto jurídico*, en *Doxa –Cuadernos de Filosofía del Derecho–* nº 11, 1992, pág. 195.

En un primer nivel –y más elemental– la técnica consistiría en un saber deducido de la aplicación de determinados procedimientos a causa de la mayor eficacia que un instrumento o manera de obrar presente respecto a otros instrumentos o maneras de obrar. La técnica, en esta primera dimensión, sería el origen de los conocimientos científicos sacados del tantear de las prácticas individuales, mediante un procedimiento de "dialéctica ascendente" en sentido platónico.

En un segundo nivel la técnica consistiría más bien en la aplicación a hechos, objetos o quehaceres de ciertos principios proporcionados por el conocimiento científico. En este sentido la técnica derivaría de la ciencia, en cuanto sería la aplicación práctica de los principios generales y abstractos a la realidad concreta, mediante un procedimiento de "dialéctica descendente", en el sentido platónico antes indicado<sup>8</sup>.

En cualquier caso la técnica se caracteriza por un carácter eminentemente práctico, instrumental y particular.

Admitidos estos planteamientos –quiera sea insisto de forma estipulativa– apliquémoslos a la Dogmática jurídica, y sobre todo a la Teoría General del Derecho, que son, insisto, las dos ramas a las que principalmente se puede reducir la llamada Jurisprudencia.

Respecto a la Dogmática jurídica, ésta se ha venido caracterizando por una serie de notas, que en la línea de lo expuesto por M. Atienza<sup>9</sup> –aunque mutatis mutandis–, podríamos sintetizar de la manera siguiente:

1<sup>a</sup>. Su objeto de estudio es el Derecho positivo en cuanto sistema jurídico particular y concreto dotado de vigencia.

2<sup>a</sup>. Quien formula las proposiciones de la Dogmática jurídica se sitúa –en términos hartianos– en un punto de vista interno y de reconocimiento del sistema.

8. Cfr. Francisco ELÍAS TEJADA, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Universidad de Sevilla 1974, pág. 24.

9. Manuel ATIENZA, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona 1985, págs. 274 y ss.

3ª. En cuanto a las funciones de la Dogmática jurídica, yo las reduciría básicamente a una, aunque lo suficientemente amplia e importante: "el suministrar criterios para la creación, para la interpretación y para la aplicación del Derecho". El Prof. M. Atienza hace referencia a una segunda función<sup>10</sup>, que consistiría en "la elaboración conceptual de ese sistema jurídico concreto en orden a conseguir, dice Atienza, el objetivo expuesto en los apartados anteriores".

Yo no creo que esta segunda función sea propia de la Dogmática, sino más bien de la Teoría del Derecho, ya que ambas disciplinas no se distinguen esencialmente por su carácter más o menos particular (no creo que todo conocimiento de un derecho particular y concreto sea dogmático, aunque sí todo conocimiento dogmático sea particular), sino por otras cuestiones metodológicas y epistemológicas tal vez más importantes.

4ª. Por otra parte la Dogmática jurídica sería una disciplina *normativa*, no sólo en los tres sentidos ya clásicos señalados por Bobbio o por Atienza, es decir, porque su objeto son normas, porque su método es imputativo-normativo y porque su función también es normativa –formulación y creación de normas–, sino también en un cuarto sentido que creo importante, es decir, porque su punto de vista es también "interno" o "normativo" de acatamiento de la validez del sistema, según se recoge en la nota 2ª. Y en consecuencia la Dogmática jurídica sería *valorativa* por cuanto que la creación, la interpretación y la aplicación de las normas no son nunca operaciones neutras y mecánicas, sino que presuponen y envuelven valoración.

10. En realidad el Prof. M. Atienza habla de tres funciones: a) suministrar criterios para la aplicación de las normas vigentes; b) suministrar criterios para el cambio del Derecho y c) elaborar un sistema conceptual con vistas a conseguir los dos anteriores objetivos. Lo que sucede es que yo englobo las dos primeras en una sola que hace también alusión al momento de la interpretación. Y cuando hablo de la segunda me refiero a la que M. Atienza cita en tercer lugar. Vid. M. ATIENZA, *Introducción al Derecho*, Barcanova 1985, pág. 276.

5ª. Por último también se admite, con carácter general, que la Dogmática jurídica persigue una finalidad eminentemente práctica.

Entenderíamos, pues, a modo de síntesis, por saber dogmático-jurídico, aquel saber eminentemente práctico y particular cuya función es la creación, interpretación y aplicación de las normas y cuyo carácter valorativo-normativo se refleja en el objeto, en el método, en la función y en el punto de vista interno que adopta el sujeto.

Así entendida la Dogmática jurídica creo que no encajaría nunca en el concepto de ciencia que antes hemos dado, sino que por su carácter particular, eminentemente práctico, funcional y valorativo entraría de lleno en el segundo nivel o dimensión de "técnica" que antes hemos analizado, situado más en el ámbito de la voluntad y del "querer" que en el del "conocer".

Retomando el concepto de técnica antes indicado, podríamos decir que la Dogmática Jurídica sería la técnica de creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas a hechos o quehaceres humanos, utilizando y aplicando ciertos principios o categorías proporcionados por el conocimiento científico-jurídico. En este sentido la técnica jurídica estaría íntimamente ligada con la ciencia del Derecho, en cuanto que sería la aplicación práctica de los principios generales y abstractos a la realidad concreta, mediante un procedimiento que, en términos platónicos, antes hemos denominado de "dialéctica descendente".

Así las cosas no habría inconveniente, sino todo lo contrario, en concluir, de acuerdo con el prof. Atienza, que "la Jurisprudencia es una técnica y no puede dejar de serlo"<sup>11</sup>. Conclusión a la que el Prof. Atienza no podría llegar de forma correcta desde sus planteamientos, pues si entiende que una de las funciones de la Dogmática –además de las señaladas por mí– es la de elaborar un sistema conceptual con vistas a conseguir los objetivos anteriores, entonces pienso que la conclusión correcta –desde esos

11. Manuel ATIENZA, *op. cit.*, pág. 282.



presupuestos— estaría más bien en la línea de R. J. Vernengo cuando dice —precisamente criticando a M. Atienza—: "creo más bien que habría que limitarse a comprobar que los juristas cumplen actividades de distinto tipo, algunas de las cuales no hay inconveniente en caracterizar como científicas y en denominar "ciencia" a su formulación, así como no veo inconveniente en pensar como acciones técnicas a múltiples actividades y expresiones de los juristas"<sup>12</sup>.

Lo que sucede, insisto, es que yo no creo que esos presupuestos sean correctos, y en consecuencia pienso que la Dogmática jurídica dejaría de ser mera técnica y se convertiría en un saber científico en la medida en que invadiese el campo de la Teoría del Derecho por la vía de esa función epistemológica admitida por M. Atienza, en la línea del concepto de sistema de Savigny y de toda la Escuela histórica en general. Efectivamente la elaboración del sistema conceptual de un ordenamiento jurídico concreto —función que M. Atienza asigna a la Dogmática—, no es otra cosa que la Teoría del Derecho tal como es entendida por Savigny, para quien todo Derecho está formado por una serie de "principios rectores" cuyo conocimiento es la labor —dice Savigny— más ardua de nuestra ciencia y la que le proporciona auténtico carácter científico. Sin embargo, el pensamiento de M. Atienza está más en la línea de lo que Austin denomina "Jurisprudencia particular" y a la que tampoco asigna carácter "científico", sino "técnico".

En cualquier caso la Teoría del Derecho normalmente se ha venido moviendo más en un ámbito de "generalidad", en la línea de lo que Austin denomina Jurisprudencia General, es decir, como Teoría General del Derecho, cuya problemática epistemológica se ha planteado de forma distinta. Su carácter epistemológico ha sido menos cuestionado, aunque tampoco ha sido objeto de tanta reflexión como la Dogmática jurídica. La Teoría General del Derecho siempre se ha movido en el ámbito del conocimiento

12. R. J. VERNENGO, *op. cit.*, pág. 294.

científico del Derecho positivo, e incluso en un principio la expresión *Teoría General del Derecho* fue utilizada por oposición a la Filosofía del Derecho en un intento de negarla o de reducirla a la primera<sup>13</sup>. Este es el espíritu que anima a cuantos participan en la Revista Internacional de Teoría del Derecho fundada en 1926 y dirigida por Kelsen, dentro, por supuesto, de una concepción positivista. Sin embargo hoy día la expresión Teoría General del Derecho es usada sin ninguna referencia exclusivista y excluyente con respecto a la Filosofía del Derecho y sí con un carácter marcadamente científico-positivo.

La Teoría General del Derecho es una de las ramas del saber jurídico cuya cientificidad, a mi modo de ver, ofrece menores dudas. Tanto por su grado de abstracción conceptual, como por su generalidad, e incluso estabilidad ontológica. En este sentido se adapta perfectamente al concepto de ciencia que antes hemos adelantado, en cuanto "estructura sistematizada de conceptos y categorías lógicas que posibilitan el conocimiento y la explicación coherente de la realidad del Derecho positivo en general".

El orden de abstracción y teorización que en los saberes jurídicos va desde la técnica –sensu strictu– a la Teoría General, pasando por la Dogmática jurídica, la Teoría del Derecho (Savigny), y el Derecho Comparado es también directamente proporcional al grado de cientificidad.

Yo creo que la única ciencia del Derecho (al margen de otros saberes sobre el Derecho como la Historia del Derecho, la Sociología del Derecho, etc.) sería la Teoría General, mientras que la dogmática jurídica habría que encuadrarla dentro de la dimensión técnica. Por otra parte, el carácter "normativo" de la Teoría General

13. Precisamente en el nº 7 de los *Archives de Philosophie du Droit*, y bajo el título *Qu'est-ce que la Philosophie du droit?*, se recoge una encuesta elaborada por M. Villey a la que responden los principales representantes de las corrientes iusfilosóficas y en la que una de las preguntas fundamentales es precisamente: *Croyez-vous à la raison d'être d'une philosophie du droit ou d'une théorie générale du droit?*

quedaría reducido solamente al ámbito ontológico (por el objeto) y al ámbito metodológico (en cuanto que utiliza la categoría de imputación y no de causalidad); pero no porque el sujeto adopte un "punto de vista interno", no por su función que será estrictamente descriptivo-explicativa.

Así lo entiende, por ejemplo, Austin. Pero también es cierto que desde el planteamiento de otros autores, como puede ser el caso de F. Geny, la Teoría General del Derecho desaparecería del mapa de los saberes jurídicos al no encajar ni en el campo de la ciencia ni tampoco en la técnica jurídica. Analicemos, pues, estos dos modelos, representados por Austin y F. Geny, que sin duda pueden aportarnos muchos datos de interés.

El modelo de Austin encajaría perfectamente dentro de nuestro planteamiento, con la única diferencia de que para mí lo que él denomina "Jurisprudencia particular", es decir la Teoría del Derecho –en cuanto ordenamiento concreto– no entraría dentro de la Dogmática en cuanto saber técnico y sí en el ámbito de la "ciencia", aún admitiendo que su grado de "cientificidad" sería menor que el de la "Jurisprudencia General" (Teoría general del Derecho).

Austin, por ejemplo, es un positivista, en consecuencia, para él "el objeto propio de la jurisprudencia en cualquiera de sus diferentes ramas es el Derecho positivo; entendiéndolo por derecho positivo, o derecho estrictamente así llamado, el derecho establecido o *positum* en una comunidad política independiente por la voluntad expresa o tácita de su soberano o gobierno supremo"<sup>14</sup>. Si esto es así, es decir, si el orden jurídico viene condicionado por factores empíricos y en concreto por una voluntad soberana, la pregunta que de forma necesaria se le plantea a Austin es la siguiente: ¿cómo es posible la construcción de un sistema conceptual y lógico, dotado de abstracción y generalidad que nos sirva

14. John AUSTIN, *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1981, pág. 23.

para conocer esa realidad jurídico-positiva? ¿cómo es posible un conocimiento de ese orden jurídico dotado de generalidad?, en definitiva ¿cómo es posible una ciencia del Derecho? Problema que lógicamente no tienen los iusnaturalistas, para quienes el objeto de la ciencia del Derecho son las "leyes jurídico-naturales", absolutas e inmutables. Pero dentro de los parámetros positivistas o reducimos la ciencia del derecho a un saber meramente pragmático o a una ciencia de lo variable y contingente tal como decía Kirchamann —lo que para mí no supondría mayor dificultad, pero sí para Austin— o intentamos buscar una respuesta que Austin encontró apoyándose en el concepto de sistema de la Escuela histórica de Savigny y en "la teoría de las verdades jurídicas" que aparece en Alemania hacia principios de siglo, pero dotándolas de una mayor generalidad y abstracción.

Para Austin hay dos maneras de considerar el Derecho positivo: bajo el punto de vista de su singularidad histórica, y su estudio pertenece a lo que él llama jurisprudencia particular, que estaría en la línea del concepto de sistema tal como es utilizado por Savigny, es decir, como la arquitectura lógico-conceptual de un derecho determinado, en cuanto realidad histórica concreta, pero a la que Austin —en contra de Savigny— no le concede carácter científico, sino más bien técnico-dogmático. En este sentido dice que la jurisprudencia particular "es la ciencia de un sistema vigente de derecho y que es particular y exclusivamente práctica". O bien bajo el punto de vista de su estructura general en cuanto orden jurídico pensado en abstracto, cuyo estudio correspondería a lo que Austin llama Jurisprudencia General en cuanto saber auténticamente científico. En este nivel de abstracción todo orden jurídico posee una serie de principios rectores y la Jurisprudencia General no es más que "la ciencia que expone los principios, nociones y distinciones comunes a los sistemas de derecho; comprendiendo por

sistema de Derecho aquellos sistemas más amplios y perfectos que por razón de su perfección y amplitud mayor doctrina poseen"<sup>15</sup>.

A título de ejemplo podemos citar entre los llamados principios rectores por Austin: los conceptos de Deber, derecho, delito, pena, resarcimiento, etc. y las distinciones entre derecho escrito y no escrito; derechos reales y derechos personales; delitos civiles y penales, etc.

Austin insiste en demostrar la utilidad de la Jurisprudencia General en cuanto esquema o bagaje de conocimientos imprescindibles para el jurista de cara a poder entender y comprender un derecho concreto y particular como una totalidad orgánica y no como un mero conglomerado de normas arbitrarias e inconexas. Esperemos que el poder de convicción de Austin haya mejorado con el tiempo y que sus ideas sean hoy mejor acogidas que en la Inglaterra de 1832 cuya realidad —centrada en el conocimiento casuístico del derecho positivo— condujo su cátedra de Jurisprudencia al fracaso más absoluto por falta de alumnos.

Para Austin la atención principal de la enseñanza universitaria debe ser la Jurisprudencia General, y en este sentido pone como ejemplo a las universidades prusianas donde poca o ninguna atención se presta a la jurisprudencia particular o al estudio del derecho vigente en el país. En definitiva la enseñanza universitaria ha de centrarse en la ciencia del Derecho, dejando el otro aspecto para el ámbito de la técnica. Efectivamente Austin dice: "Actualmente, pues, la formación del jurista puede decir que se compone de dos mitades, de las cuales la primera (la Universidad) tiene sólo como cometido el fundamento científico, mientras que la segunda tiene como objeto el conocimiento del Derecho territorial, el del procedimiento prusiano, y la instrucción práctica"<sup>16</sup>. "Si las Cámaras del Parlamento, dice Austin, contarán con un número suficiente de miembros así formados, la existencia de una reforma

15. John AUSTIN, *op. cit.*, pág. 27.

16. John AUSTIN, *op. cit.*, pág. 57.

legal tendría un carácter menos discriminador y también menos imperativo, y se evitarían muchas leyes injustas e imperfectas"<sup>17</sup>.

Austin, partiendo de la generalidad como criterio de cientificidad, entiende que el Derecho, en cuanto realidad histórica y concreta, no puede ser objeto de reflexión científica.

Sin embargo, otros autores, partiendo más bien del criterio de la estabilidad y de la permanencia, reducen el saber estrictamente jurídico-normativo –independientemente de su carácter particular o general– a mera técnica, aunque eso sí, reconociendo, como hace F. Geny, que la elaboración técnica puede ser en este caso más fecunda que la labor propiamente científica<sup>18</sup>, y nunca como una maldición bíblica agarrada a la historia del pensamiento humano, como piensan otros<sup>19</sup>.

F. Geny reduce el "saber del derecho", es decir, el saber estrictamente normativo a la Dogmática jurídica y ésta la reduce a mera técnica, desplazando el conocimiento científico-jurídico al ámbito de los "saberes sobre el Derecho", donde el carácter normativo, valorativo y práctico desaparece y donde, según él, contamos con una realidad más estable y segura que, por lo tanto, permite un tratamiento estrictamente científico. En F. Geny la realidad del derecho objeto de reflexión científica no es normativa, en consecuencia la ciencia del derecho no sería normativa ni por su

17. John AUSTIN, *op. cit.*, pág. 73.

18. F. GENY, *Science et technique en droit prive positif*, Recuell Sirey, Paris 1914. En la pág. 71 del Vol. I dice: "Dès à présent, toutefois, nous pouvons pressentir que l'élaboration technique aura chance d'être ici plus féconde que la recherche proprement scientifique; en même temps, d'autre part, nous devons reconnaître que science et pratique estent, malgré tout, les deux instruments indispensables au plein développement du progrès juridique".

19. Francisco ELÍAS DE TEJADA, *op. cit.*, pág. 25 dice refiriéndose a la técnica: "Hidra de cien cabezas sin Hércules humano que la mate, sublevación perenne de la superficialidad formal o de la arbitrariedad individual contra la verdad segura y cierta, vencida siglo tras siglo, retoña sin cesar el sueño vanidoso de la primacía de la técnica casi como maldición bíblica agarrada a la historia del pensamiento humano".

objeto ni por su método ni por su función. Sí sería normativa la dogmática jurídica, pero no sería ciencia, sino mera técnica.

Pero por otra parte, según este planteamiento de F. Geny no habría lugar para una Teoría General del Derecho, que, según hemos visto, para nosotros –en la línea de Austin– era la única rama auténticamente científica del Derecho. Como veremos, en el pensamiento de F. Geny la Teoría General no tiene cabida ni en el campo de lo que él denomina la ciencia del Derecho ni en el campo de la técnica jurídica.

F. Geny distingue en el Derecho, por una parte, una realidad fáctica y fenoménica, independientemente de que su naturaleza sea física o moral, lo que él denomina "le donné", que admite un tratamiento y una elaboración estrictamente científica, al ser susceptible de observación y experimentación, y cuyo conocimiento proporciona los contornos y los medios necesarios para poder establecer de forma convincente el deber a cumplir y las reglas a seguir. Y por otra parte, una realidad normativa creada, interpretada y aplicada por la técnica jurídica, y que él denomina "le construit", que ya no tiene nada de científica y que se sitúa, no tanto en el mundo del conocer, como en el del querer<sup>20</sup>.

F. Geny admitiría sólo una ciencia sobre el Derecho –"le donné"–, pero no admitiría una ciencia del Derecho –"le construit"–, ya que ésta quedaría reducida a la Dogmática jurídica entendida como mera técnica jurídica. Pero ¿por qué no puede existir una ciencia cuyo objeto sea esa realidad construida en cuanto conjunto de normas jurídico positivas? ¿tendremos que renunciar a poder conocer y explicar de forma coherente y sistemática esa realidad por muy construida que sea? Analicemos esto algo más detenidamente.

20. F. GENY, *op. cit.*, vol. III, págs. 17-18 dice: "A cela tend précisément la technique, affaire de voloté plus que d'intelligence, qui se spécifie par son caractère construíf, visant à choisir et organniser, comme des sortes de <trucs>, les noyens les plus aptes á atteindre les fins suprêmes du droit".

F. Geny distingue, dentro de lo "dado", varios tipos que nos podrían servir para clasificar las ciencias sobre el Derecho, y que como hemos dicho antes, no tendrían nada de normativas.

1. "Les Données réelles ou strictement réelles" que serían "celles qui consistent dans les conditions les conditions de fait, où se trouve placée l'humanité. Peu importe qu'il s'agisse de la nature physique ou morale, dont l'homme est comme encerclé (climat, sol et ses productions, constitution anatomique et physiologique de l'homme, état psychologique, aspirations morales, sentiments religieux etc.), ou des conditions économiques, qui influencent son activité, voire des forces politiques ou sociales existentes"<sup>21</sup>.

Todos estos factores positivos no crean por sí mismos y directamente las reglas jurídicas, pero sí son el sustrato que delimita sus contornos y condiciona los medios necesarios para alcanzarlos. F. Geny cita, como ejemplo, la diferencia de sexos entre los seres humanos que nos sirve de sustrato para una mejor definición y regulación del matrimonio, atendiendo a las diferencias psicológicas, morales y físicas del hombre y de la mujer y también de la prole. Estos factores tal vez no sean suficientes para justificar todas las reglas de Derecho, pero sí tienen una importancia capital como condiciones primordiales que hay que tener en cuenta. Y por otra parte, todos estos factores ("données réelles") son susceptibles de observación o de experimentación y en consecuencia son susceptibles de una elaboración estrictamente científica.

Todos estos factores justifican todo un amplio abanico de ciencias sobre el derecho que irían, por ejemplo, desde la anatomía jurídica hasta la ética jurídica, pasando por una climatología jurídica, por una psicología jurídica, por una ideología jurídica, etc.

2. Un segundo tipo de "donnés" sería lo que él denomina "le donné historique". Los hechos y circunstancias de la vida humana

21. F. GENY, *op. cit.*, vol. II, pág. 371.



y social a lo largo de la historia determinan, como producto histórico, que se concreta en costumbres, leyes escritas, doctrina, instrumentos de interpretación y aplicación, jurisprudencia, etc. "Et, ce produit de l'histoire ne consiste pas seulement –à l'image du donné réel– en éléments matériels, bruts, et, pour ainsi dire, passifs, de l'organisation juridique; il contient, toutes formées des règles d'ores et déjà suffisantes, pour diriger les volontés des hommes et constituant, dès à présent, le droit postulé par la vie"<sup>22</sup>.

Todos estos elementos históricos –dada su estabilidad y permanencia– también serían susceptibles de una elaboración estrictamente científica, susceptibles de observación y experimentación, ya que para él la ciencia, siguiendo a H. Poincare, no puede ser más que experimental y la experiencia es la historia del pasado.

En este apartado entraría de lleno la historia del Derecho, y sería la única rama del saber científico del Derecho –a tenor de lo expuesto por F. Geny– que sería "normativa" siquiera sea por el objeto. Y sería la única manera de someter "le construit" –y en definitiva el Derecho en cuanto realidad normativa– a objeto de reflexión científica, aunque esta reflexión sólo quepa en una dimensión diacrónica y nunca sincrónica.

3. Un tercer tipo sería "Le donné rationnel": "Il est, en effet, des règles de conduite (notamment dans l'ordre juridique), que la raison dégage de la nature de l'homme et de son contact avec le monde. En tant qu'elles sont véritablement imposées à l'esprit et qu'elles correspondent, pour lui, aux exigences les plus évidentes des choses –avec les signes qui distinguent les préceptes du droit,– elles présentent un caractère de nécessité, en même temps que d'un universalité et d'immutabilité, qui les met à part et leur assigne une place éminente parmi les règles juridiques"<sup>23</sup>. Para F. Geny "le donné rationnel" es el resultado de una elaboración estrictamente

22. F. GENY, *op. cit.*, vol. II, pág. 377.

23. F. GENY, *op. cit.*, vol. II, pág. 381.

científica e impone una serie de reglas con una necesidad "aussi forte que la nécessité, pour ainsi dire, physique, du donné réel".

Vendría a ser el Derecho Natural en cuanto saber científico, que también sería normativo por el objeto que son normas, pero normas que por su evidencia, universalidad e inmutabilidad posibilitan un conocimiento tan seguro y necesario como "les donnés réeles".

4. Por último nos habla F. Geny de "Le donné idéal" que no representa ni realidades físicas o materiales, ni condiciones racionales, ni hechos históricos, sino que permanece en las simples tendencias hacia una organización deseable del Derecho. En este sentido dice F. Geny que le donné idéal "C'est qu'il ne provient pas d'une prise de connaissance rationnelle, mais plutôt de ces forces, mal précisées, qui, sous le nom de croyance, ou de sentiment, déterminent, d'une façon mystérieuse mais certaine, des convictions ou des mouvements de volonté, lesquels, se retrouvant en autrui, présentent, par là même, une objectivité suffisante"<sup>24</sup>. Vendría a ser el Derecho ideal que el hombre configura desde el conocimiento científico de los tres tipos de "donnés" anteriormente descritos. Y que servirían a la técnica jurídica (a la Dogmática) como realidad utópica a alcanzar. Pero esta realidad ideal también es conocida, según F. Geny, si no mediante una elaboración estrictamente científica, sí mediante una especie de "intuición jurídica" o "experiencia integral" que de alguna manera suple la seguridad del conocimiento científico con el testimonio o reconocimiento universal de la humanidad.

Lo dado, en los distintos tipos a los que hemos hecho alusión, sería el objeto de una elaboración propiamente científica del Derecho. La sociología jurídica, la historia del Derecho, la psicología jurídica, la economía jurídica, la ética jurídica, el Derecho Natural, la intuición, etc. serían ramas del saber auténticamente científico sobre el Derecho, que nos permitirían conocer

24. F. GENY, *op. cit.*, vol. II, pág. 387.

la realidad del Derecho —que parece que en F. Geny no son las normas, salvo en este aspecto histórico, iusnaturalista e ideal, en cuyos casos también cabría el calificativo de "normativa", aunque sólo fuera por el objeto—.

Como contraposición a "le donné" tendríamos "le construit" que vendría de la mano de la técnica jurídica que sería entendida en el segundo de los sentidos antes apuntados por nosotros y que consistiría en la creación, interpretación y aplicación de las normas más idóneas para el desarrollo de ese derecho descubierto por la ciencia o ciencias del derecho. En definitiva toda la Dogmática jurídica sería reducida a mera técnica en el sentido más propio y nunca como la entiende Savigny para quien la técnica del derecho representa la elaboración científica del Derecho por parte de los juristas, por oposición a su creación espontánea por el espíritu del pueblo.

El objetivo de la técnica es "construir" una serie de reglas —técnica normativa— lo más aptas y adecuadas posible para conseguir los fines de ese derecho proporcionado por la ciencia, lo que sin duda ya es más tarea de la voluntad que de la inteligencia. En este sentido dice F. Geny: "A cela tend précisément la technique, affaire de volonté plus que d'intelligence, qui se spécifie par son caractère constructif, visant à choisir et organiser, comme des sortes de <trucs>, les moyens les plus aptes à atteindre les fins suprêmes du droit"<sup>25</sup>.

Esta actividad técnico-jurídica en general se puede concretar y clasificar, según este autor, en<sup>26</sup>:

1. Técnica de la creación del Derecho: el tipo más acabado de la técnica de la creación del Derecho la podemos encontrar en la "técnica legislativa" o "técnica de elaboración de las leyes escritas", pero también cabe una "técnica consuetudinaria", una "técnica del

25. F. GENY, *op. cit.*, vol. III, pág. 18.

26. Cfr. F. GENY, *op. cit.*, vol. III, págs. 26 y ss.

precedente", y en definitiva una técnica de creación de cada una de las fuentes formales del Derecho.

2. Técnica de la aplicación del Derecho positivo: en este campo F. Geny distingue tres modalidades: "una técnica administrativa", "una técnica judicial" y "una técnica extrajudicial".

3. Técnica de la interpretación: dentro de la cual distingue "una técnica doctrinal" y "una técnica jurisprudencial". La primera destinada a configurar los preceptos desde aspectos teóricos y la segunda desde aspectos más concretos de la vida real. También en este apartado cabe, a juicio de F. Geny, una "técnica del Derecho privado" y una "técnica del Derecho público", e incluso una técnica específica de cada una de las ramas de éste: Derecho constitucional, administrativo e incluso del derecho criminal o del derecho internacional.

Para F. Geny el Derecho objeto de reflexión científica es el Derecho en cuanto realidad fenoménica (física, histórica, psicológica, ideal, etc.), dotada de estabilidad y permanencia y que condiciona de forma más o menos directa la construcción de una realidad normativa, mediante la cual la voluntad soberana pretende realizar en la práctica las exigencias de ese Derecho en cuanto realidad fenoménica.

Pero, ¿no cabe una ciencia de lo construido, es decir una ciencia del derecho positivo en cuanto construcción normativa dada por la voluntad de un soberano? Si queremos conocer y explicar todo esto de forma coherente y que no se nos presente como un todo caótico y sin sentido, hace falta una ciencia tal como la hemos definido anteriormente, que para mí sería la auténtica ciencia del Derecho en cuanto realidad normativa.