



PLANTEAMIENTO FILOSÓFICO DE LA NUEVA TEORÍA DEL DERECHO

Antonio Osuna Fernández-Largo

El rótulo de teoría del derecho puede designar dos tipos de saberes jurídicos distintos: uno, el de un campo de la investigación jurídica, de notoria novedad, y, otro, una disciplina académica que forma parte de la organización de los estudios jurídicos universitarios en España, conforme al nuevo plan de estudios.

No vamos a referirnos aquí al segundo significado, pues, al describirlo, habría que tener en cuenta presupuestos que no deseamos abordar, como son los de carácter didáctico, o las exigencias de una disciplina de tipo introductorio al comienzo de los estudios universitarios y el de su correlación con otras disciplinas en un plan de estudios que todavía está en pañales. En todo caso, este problema estaría en función de la concepción que se tenga de lo que es el campo de investigación del derecho que se denomina teoría del derecho y que es de lo que precisamente vamos a hablar en estas páginas¹.

1. El R.D. 1424/1990, de 26 de octubre (B.O.E. n. 278, de 20 de noviembre de 1990), por el que se regulan los estudios de Licenciado en Derecho, establece en el primer ciclo de estudios una materia troncal denominada Teoría del Derecho, a la que se le asignan 4 créditos (3 teóricos y 1 práctico) y que se adscribe al Área de Filosofía del derecho, Moral y Política. Los contenidos indicativos de esta materia de Teoría del Derecho son: el derecho como forma de organización y como sistema normativo; la ciencia del derecho; teoría del derecho: la norma jurídica y el sistema jurídico; interpretación y

El término de Teoría del Derecho y sus homónimos en otras lenguas (*Rechtstheorie*, *Théorie du droit*, *Legal Theory*, *Teoria del diritto*) se ha difundido recientemente, pero no hay que suponer que con él siempre se quiera designar una nueva ciencia, pues posiblemente es un término para aglutinar una serie de problemas y cuestiones acerca del derecho que hasta ahora andaban errantes por los diversos saberes del derecho. De ser así, como efectivamente pensamos que lo es, importa mucho que nos detengamos en rastrear los orígenes de esta nueva disciplina científica y por qué motivos pretende obtener un puesto entre las ciencias jurídicas. Ocurre, en efecto, que no hay una *communis opinio* acerca del estatuto científico de esta ciencia ni acerca de su organización sistemática.

Lo que, por consiguiente, nos proponemos hacer es presentar nuestra opinión acerca de la índole científica de la Teoría del Derecho y cuál es el núcleo de los problemas que investiga y, en torno a los cuales, se organiza un sistema de conocimiento, al que podemos convenir en designar con este nombre. Y lo haremos, como es obligado en la situación actual de esta ciencia nueva, en diálogo y confrontación con otras propuestas, igualmente atendibles, que se han hecho sobre el mismo asunto.

I. LOS ANTECEDENTES. LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

La teoría del derecho ha venido a sustituir o, cuando menos, a rellenar las insatisfacciones y lagunas que muchos habían denunciado en las anteriores investigaciones de la Teoría General del Derecho. Este saber jurídico, que todavía es cultivado en amplios sectores del pensamiento jurídico, ha tenido también sus detrac-

aplicación del derecho; conceptos jurídicos fundamentales; los problemas del derecho justo y la eficacia del derecho. A las enseñanzas reguladas por el título de Licenciado en Derecho se le asignan como objetivos: "proporcionar una formación científica adecuada, en los aspectos básicos y aplicados del derecho".

tores por su carácter sectario antifilosófico que lo marcó desde sus inicios.

Una de las formas más desarrolladas del pensamiento teórico sobre el derecho es la disciplina denominada Teoría General del Derecho. Nació con el propósito de erigirse en el conocimiento científico del derecho por excelencia, debido a su mayor universalidad respecto a los enunciados de las disciplinas concretas del derecho, y ha evolucionado hasta representar el paradigma más común del tratamiento científico del derecho.

Los orígenes de la nueva ciencia

La disciplina denominada Teoría General del Derecho surge en la investigación jurídica del segundo tercio del siglo XIX. Y este marco histórico ya nos da una primera orientación sobre alguna de sus características primigenias, como es la de pretender ser una ciencia positivista del derecho, pues el positivismo estaba triunfante por aquellas décadas. Y también pretende construirse como investigación acerca de los datos de la Dogmática Jurídica, que era el método como entonces se investigaba y enseñaba el derecho estatal vigente.

Parece ser que el nombre fue difundido posteriormente, merced al título de la obra de Adolf Merkel *Elemente der allgemeine Rechtslehre* (1889), aunque la propuesta, a modo de Manifiesto, se encuentra ya en su artículo de 1874 sobre la relación entre filosofía del derecho y la ciencia positiva del derecho. En la mente de este autor se pretendía sustituir la vieja Filosofía del Derecho, de índole idealista y abstracta, por una ciencia del derecho positivo, que construyera sus conceptos genéricos desde los derechos vigentes y enunciara principios abstraídos de los sistemas estatales. Tales conceptos y principios entrarían en la esencia de los institutos jurídicos y de toda normatividad, de modo que nos permitirían entender cualquier ordenamiento jurídico particular. Usando un

método analítico, se podrían fundar todos los conceptos jurídicos, sin rebasar el ámbito del derecho positivo, pero construyendo principios formales con diversidad de enunciados en cada ordenamiento².

Esta tendencia fue desarrollada por otros escritores, como K. Bergbohm³ y E. R. Bierling⁴.

Muy afín a este propósito de la Teoría General del Derecho y coetánea con ella es la tendencia conocida como Escuela Analítica de la Jurisprudencia (*Analitical School of Jurisprudence*), iniciada por John Austin con su obra póstuma *Lectures on General Jurisprudence* (1861), donde se intenta sistematizar un tipo de ciencia general que sirviera de introducción a cualquier estudio de la ciencia jurídica (Jurisprudence). Para ello se elaboran unos conceptos y principios entresacados de los ordenamientos positivos, pero con suficiente ductilidad para poder suponer que su significado permanece idéntico en los diversos códigos. Sin embargo, Austin amplía más la definición de conceptos y principios, pues recurre a la historia de las instituciones y de la tradición jurisprudencial, sin limitarse a una inducción de códigos vigentes. Y, en continuidad con él, pueden citarse otros escritores ingleses, como T. E. Holland, W. Marbky y J. M. Lightwood y los americanos W. N. Hohfeld y A. Kocourek. Todos ellos admiten la distinción entre una Jurisprudencia General del Derecho —sea con

2. Como dice G. RADBRUCH: "La Teoría General del Derecho ocupa el más alto edificio de la ciencia jurídica positiva, que tenía por tarea investigar los conceptos jurídicos más generales, comunes a las diversas disciplinas jurídicas, y tal vez, elevándose por encima de la ordenación jurídica nacional, exponer comparativamente los conceptos jurídicos semejantes de las distintas ordenaciones jurídicas, hasta que, al fin, trascendiendo el dominio de lo jurídico, poder investigar sus relaciones con otros dominios de la cultura". *Filosofía del Derecho* (Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 19590), p. 33.

3. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1892, reedit.: t. I: Taurus 1973).

4. *Juristische Principienlehre*, 4 t. (1894-1905, reedit.: Aalen, Scientia, 1961); y *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 2 t. (1877-1883, reedit.: Aalen, Scientia, 1965), donde ya se estudian los conceptos generales desde un punto de vista formalista y crítico.

este nombre o con el de Filosofía del Derecho Positivo o Principios Generales del Derecho— y la Jurisprudencia particular o nacional de un ordenamiento. La Teoría General del Derecho es, por tanto, un intento de aislar y dar rigor científico a la Parte General con la que, desde hacía tiempo, se venía introduciendo la explicación de cada ordenamiento⁵. Es, en suma, una doctrina general de los conceptos comunes a las ciencias jurídicas.

Corrientes de investigación con propósitos similares

Los historiadores de la teoría jurídica señalan la coincidencia con otras propuestas de teoría jurídica. La primera, es la llamada Enciclopedia Jurídica. Aunque con el propósito de hacer enciclopedias de lo jurídico ya se habían escrito con anterioridad obras en este campo, como la *Enciclopedia Iuris Universi* de Hunnius, pero en el siglo pasado se quiso designar una ciencia que pretendía servir de introducción a las ciencias particulares del derecho, pues ofrecía una síntesis formal de lo que pudiera ser el denominador común a varios sistemas jurídicos, si bien esta síntesis no conllevaba, como era el caso de la Teoría General, un repudio de los planteamientos filosóficos. Paradigma de esas denominadas enciclopedias jurídicas son las obras del italiano Francesco Filomusi Guelfi titulada *Enciclopedia Giuridica* (1873) y la de A. Merkel con el título *Juristische Enzyklopädie* (1885)⁶.

Investigaciones similares se han llevado a cabo también con el rótulo de Teoría fundamental del Derecho. Así lo han presentado,

5. Cfr. bibliografía sobre ello en L. RECASÉNS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho* (México, Porrúa, 1965³).

6. Hay traducción española: *Enciclopedia Jurídica* (Madrid, Editorial Reus, 1924). Cfr. bibliografía sobre esto en E. LUÑO PEÑA, *Historia de la Filosofía del Derecho*, I (Barcelona, La Hormiga de Oro, 1948), p. 44 ss.

entre otros, E. García Maynez⁷ y L. Recaséns Siches⁸. Al introducir, sin embargo, el término de *fundamental*, ya nos distanciamos de los presupuestos positivistas, tan enraizados en la Teoría General, y entendemos la teoría como una forma de plantear unos problemas filosóficos acerca del derecho. Se efectúa así un salto de "los simples conceptos jurídicos generales de validez empírica a los conceptos fundamentales, supuestos de toda ciencia jurídica posible", como afirma G. Radbruch⁹. Si, en la misma línea, procedemos a construir unos conceptos generales pero en conformidad con el criticismo neokantiano, entonces hemos desbordado el marco originario de la disciplina Teoría General del Derecho e iniciamos una investigación de índole filosófica sobre el conocimiento jurídico, que era lo que pretendió soslayar la Teoría General del Derecho.

Otras formas cercanas pueden ser las propuestas de una Teoría Integral del Derecho, como lo hace Carlos Octavio Bunge¹⁰, o la de una Ciencia Pura del Derecho, como la del belga Edmond Picard¹¹.

Primeras síntesis de teorías generales del derecho

Las dos características que marcaron el nacimiento de esta ciencia han sido sucesivamente cuestionadas y, en su virtud, esta ciencia ha alterado mucho sus objetivos y métodos, a pesar de mantener inalterable el nombre. Esas dos características eran: primera, su dependencia del pensamiento positivista y empirista.

7. Cfr. *Filosofía del Derecho* (México, Porrúa, 1977³) p. 16.

8. Cfr. *Tratado General de Filosofía del Derecho* (México, Porrúa, 1965³) p. 14 ss.

9. *Filosofía del Derecho* (Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1959) p. 40.

10. *El derecho. Ensayo de una teoría integral* (1915).

11. *Le droit Pure* (1889, trad.: *El derecho puro* (1911)).

Esto ha sido abandonado por cuantos han aceptado compartir esta disciplina con la Filosofía del Derecho y por cuantos, con mayor acierto, han reconocido que muchos de sus problemas eran de índole filosófica y que ello era obligado desde su condición teórica. Y, la segunda, era su objetivo de construir conceptos y principios jurídicos que fueran mero calco generalizado, a modo de retrato robot, de los conceptos usados en los ordenamientos. Pero pronto se percataron muchos de que ese saber debía basarse en unos principios previos que deberían justificarse, pues hasta el mismo concepto de derecho es previo y más universal que el que pueda ofrecerse desde un ordenamiento particular.

Una de las primeras investigaciones acerca de la Teoría General de Derecho, y posiblemente la más brillante y difundida, es la obra de Hans Kelsen. Este autor presentó sus ideas como un proyecto de investigación de Teoría General del Derecho de raigambre indiscutiblemente positivista¹². Con el calificativo de "pura" quiso designar un rigor metodológico que consiste en desterrar de la ciencia jurídica todo lo que no sea expresión de un puro deber-ser, separando así el derecho de la sociología, de la ética y de la política, es decir, de cualquier consideración de contenidos normativos. Al frente de su obra *Teoría pura del Derecho*, definió con nitidez su concepción: "La Teoría Pura del Derecho es una teoría del derecho positivo; del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional. Quiere mantenerse como teoría y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto; procura determinar qué es y cómo se

12. Pueden recordarse para este propósito: *Allgemeine Staatslehre* (1925, traduc.: *Teoría General del Estado* (Barcelona, Labor, 1934); *Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates* (1926, traduc.: *Compendio de una Teoría General del Estado*, Barcelona, Bosch, 1934²); *Die reine Rechtslehre* (Wien, F. Denticke, 1960); traduc.: *Teoría Pura del derecho* (México, UNAM, 1979); *General Theory of Law and State* (1945); traduc.: *Teoría General del Derecho y del Estado* (México 1950).

forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse"¹³. Toda su investigación se centra en conocer la índole de las proposiciones acerca del derecho que expresan un deber-ser: su estructura formal, sus conceptos, su dinámica en el mundo jurídico y la estructura jerárquica entre las normas. Tenemos así sistematizada una teoría general del derecho netamente positivista y de metodología y objetivos claramente formales, hasta un grado máximo si queremos de pureza formal, pero que ha perdido ya su original índole analítica de conceptos, tal como pretendió ser originariamente.

Otra línea diversa de investigación de la Teoría General del Derecho, la abrió el pensamiento neokantiano, sobre todo merced a la obra de R. Stammler¹⁴, quien entiende los conceptos generales como categorías a priori de cualquier ordenamiento jurídico y como tal las investiga de manera crítica, pero sin dependencia de su significado en los ordenamientos. Y algo similar puede decirse de la extensa obra de G. Del Vecchio¹⁵. Para este autor la investigación de los conceptos generales del derecho, empezando por el mismo derecho, procede trascendentalmente, sin referencia fenomenológica, y ello nos permite ordenar y justificar todas las categorías de la juridicidad, a la par que esos conceptos informarán toda la ciencia jurídica, ya que la experiencia del derecho y el mismo lenguaje vienen determinados por las categorías aprio-

13. Cap. I, § 1.

14. Cfr. *Theorie der Rechtswissenschaft*, (1911); *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* (1921); traduc.: *Filosofía del derecho*. (Madrid, Reus, 1930).

15. *I Presuppositi filosofici della nozione del Diritto* (Bologna 1905); traduc.: *Los supuestos filosóficos de la noción de derecho* (Madrid, Reus, 1908); *Il concetto de diritto* (1903, Milano 1952⁸); traduc.: *El concepto de derecho* (Madrid, Reus, 1914); *Il concetto della natura e il principio del diritto* (Torino 1908); traduc.: *El concepto de naturaleza y el principio del derecho* (Madrid, Reus, 1916); *Lezioni di Filosofia del Diritto* (1925, 1965¹³); traduc.: *Filosofía del Derecho* (Barcelona, Bosch, 1964⁸); *Supuestos, concepto y principio del derecho* (*Trilogía*) (Barcelona, Bosch, 1962).

rísticas del entendimiento. Estamos, pues, ante unas concepciones formales de la teoría del derecho.

II. RUPTURA CON LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

La Teoría General del Derecho, tal como fue propuesta desde sus inicios, no ha llegado a estar nunca en pacífica posesión de sus objetivos y métodos.

La idea primigenia de una Teoría General del Derecho como análisis conceptualista y formal del derecho pronto se reveló como insuficiente y estrecha para una comprensión del derecho.

El primero en advertir esa limitación fue Jhering, quien en la segunda etapa de su pensamiento incorporó a la Teoría General del Derecho el estudio de sus finalidades. Y las formas conceptuales del derecho fueron sustituidas por el conflicto de intereses, con lo cual se rompían los moldes originales de esta ciencia.

Pero la superación de aquella primera concepción vino por una doble vía. En primer lugar, cuando las corrientes del neocriticismo kantiano condujeron la investigación de los conceptos jurídicos por la vía de busca de las categorías a priori, determinantes de cualquier experiencia jurídica. El derecho sería uno de los conceptos a priori que posibilitan el conocimiento del derecho positivo. Y, en segundo lugar, el esquema de conocimiento inductivo de los conceptos jurídicos se rompe cuando se quiere construir la teoría jurídica desde los fenómenos sociológicos del derecho y se traslada el acento a la investigación de lo que es el hecho jurídico, a la relación social, al conflicto y la eficacia de las normas. En este caso se desbordan los límites del lenguaje de la Teoría General del Derecho y se precisa una referencia a las realidades sociales. Al alterarse el objeto de la investigación, quedaba consecuentemente alterada la naturaleza de la ciencia. Y, a partir de entonces, y sin renunciar a constituirse en ciencia aglutinadora de los saberes particulares del derecho, se configura como una disciplina distinta.

Las nuevas tendencias que entonces se detectan en el estudio de la Teoría General del Derecho tienen un inconveniente: son tendencias entre sí opuestas y contradictorias. Resultaba, por ejemplo, que la tendencia neokantiana formalista era incompatible con la explicación sociológica del derecho.

Sólo en una evolución posterior se constata que la Teoría General del Derecho se entiende como una ciencia fundamentadora de la realidad jurídica, la cual no es sólo conceptual, sino también de instituciones y de efectividad de las normas. A nuestro modo de ver, esto sólo se obtiene cuando a la nueva ciencia se le incorpora el problema ontológico del derecho, que se pregunta no sólo por la semántica de derecho, sino también pregunta qué es el derecho. La ontología jurídica sería la teoría general del derecho que engloba las tendencias formalistas y normativistas y las empírico-sociológicas. Como dice A. Montoro Ballesteros: "el derecho no es mera esencialidad, pura materialidad ética, sino una dualidad inseparable y necesaria de esencia y existencia, de legitimidad y legalidad, de materia y forma... y la Teoría Fundamental del Derecho debería de articularse a partir de una comprensión totalizadora del fenómeno jurídico, en cuanto entidad ideal-real, a un tiempo"¹⁶. En cambio, la insistencia en mantener dos metodologías dispares, como la normativista y la sociológica, no conduce más que a una cristalización en dos disciplinas opuestas: la Metateoría de la Ciencia Jurídica y la Sociología del Derecho. No se logra una ciencia más comprensiva de lo jurídico, sino la dispersión en dos ciencias que siguen ignorándose mutuamente. En esta contradicción interna nos parece que todavía se sigue debatiendo la Teoría General del Derecho en nuestros días.

La evolución en el modo de entender la Teoría General del Derecho ha dejado claro que la característica antifilosófica que tuvo

16. *Significado y función de la teoría fundamental del derecho*, en "El primer año del Derecho. Actas de las Jornadas de la Univ. de La Rábida" (1978) p. 165.

originariamente era infundada y contradictoria con su pretensión de ser teoría jurídica.

El neokantismo formalista ya planteó el problema del concepto de derecho como un problema netamente filosófico, a saber, la criteriología del conocimiento de los fenómenos jurídicos. Y, al igual que él, otras teorías se encontraron ante problemas insolubles en el marco de la ciencia estricta del derecho: delimitar el ámbito de lo jurídico y lo extrajurídico, fundamentar los principios de la ciencia jurídica, justificar unos contenidos concretos del sistema, etc. Desde el momento en que se acepta que los conceptos jurídicos tienen un contenido objetivo de realidades, se acepta en consecuencia que no es suficiente una consideración gramático-lógica de los mismos. La pretensión de una teoría antifilosófica del derecho era casi una contradicción. Como dice L. Recaséns Siches: "para obtener la noción universal o esencial de lo jurídico, precisa una indagación de carácter filosófico"¹⁷.

Dejando establecida la posibilidad de una ciencia jurídica que contemple los conceptos y principios generales del derecho positivo (a lo que respondería el primitivo concepto de Filosofía del Derecho Positivo), quedan pendientes unos problemas de nivel metacientífico, en los que el razonamiento adecuado es el filosófico. Permanece, pues, la necesidad de una filosofía del derecho, en el sentido de un nivel de conocimiento distinto del científico acerca de los ordenamientos jurídicos particulares, que es el único objeto de conocimiento que acepta el positivismo y en cuyo horizonte se elaboró la Teoría General del Derecho. Pero la evolución posterior de esta Teoría General del Derecho ha terminado por ver en ella una forma de conocimiento filosófico¹⁸.

17. *Tratado general de filosofía del Derecho*, p. 12.

18. Así lo confirman las palabras de G. PECES-BARBA, cuando afirma que la Teoría General del derecho pertenece al ámbito de la filosofía "y no al de la ciencia jurídica, porque ésta es una ciencia empírica, que tiene su misión de informar, de elaborar y de ordenar los ordenamientos positivos, mientras que la teoría del derecho o teoría general del derecho pretende establecer el concepto

Desde el punto de vista filosófico, una ciencia que pretende investigar lo jurídico por el solo análisis de los conceptos usados por el derecho, necesariamente ha de ser reductivista y parcial. Aun aceptando que se obtuvieran conocimiento fundados y verdaderos, el derecho plantea un sinfín de problemas fuera del ámbito de la semántica. Por ello pronto se acabó reconociendo que la Teoría General del Derecho no era *la* ciencia del derecho, sino *una* ciencia sobre la normatividad de mayor alcance que el de las ciencias particulares del derecho. Por ello, la Teoría General del Derecho ocupa un puesto intermedio entre las ciencias jurídicas y el estudio filosófico del derecho, pero no es un sucedáneo de éste. Y el término de "general" no sustituye a "filosófico", sino a "positiva no particular", como ya decía Kelsen. Tal sector de investigación es plenamente aceptable, mientras admitamos que hay problemas sobre la esencia de lo jurídico, su sentido, sobre los valores pretendidos y sobre la fundamentación del derecho, que reclaman otro nivel de conocimiento.

Si se desea investigar una Teoría General del Derecho en lo que fue su diseño original, nos parece lo más acertado definirla epistemológicamente como Ciencia General del Derecho, pues sus coordenadas principales siguen siendo los temas de las ciencias particulares del derecho. En cambio, si lo que se pretende es una investigación ontológica sobre las nociones, conceptos y principios de la ciencia jurídica, esa tal teoría general ya es en propiedad una filosofía del derecho, cualquiera que sea la corriente de pensamiento desde la que se proceda (filosofía analítica, empirismo, filosofía socio-jurídica, iusnaturalismo, etc.). Se estatuye un planteamiento filosófico de los temas siempre que se cuestionan las referencias de sentido del derecho o la fundamentación de lo jurídico. En cambio, el grado de mayor o menor generalidad en las

y el significado del derecho, basado, por supuesto, en la información que proporciona la ciencia, pero con un nivel de abstracción y de generalidad en el marco de la historia y de la cultura jurídica". *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Madrid, Debate, 1984) p. 185.

conceptualizaciones obtenidas no pensamos que sea argumento sólido para distinguir unos saberes científicos de unos saberes filosóficos.

La Teoría General del Derecho, mientras se mantenga "en el interior de uno o muchos ordenamientos jurídicos", no puede constituirse en plataforma de un conocimiento de todas las significatividades morales, políticas, culturales y humanas entrañadas en la juridicidad. Por ello está condenada al fracaso una Teoría General del Derecho que pretende acaparar todo conocimiento jurídico, como si pudiera darse un significado trascendente a la conceptualización de unos conceptos tomados de los ordenamientos jurídicos¹⁹.

III. UN PROYECTO NUEVO BAJO EL NOMBRE DE TEORÍA DEL DERECHO

Pensamos que el rótulo de Teoría del Derecho sirve, en gran número de autores, para expresar la necesidad de un cambio y modificación de los objetivos de la anterior ciencia llamada Teoría General del Derecho. Al menos, así ocurre en algunos que, respetando el nombre de Teoría del Derecho, conducen sus investigaciones por nuevas vías.

La Teoría del Derecho pudiera expresar una idea general de investigación de la ciencia del derecho y no precisamente una forma nueva y específica de saber acerca del derecho. Usada en este sentido general, ha designado, ya desde hace tiempo, lo que llamaríamos, sin más, estudio científico del derecho. Con este significado no plantea problema alguno para nosotros y, a lo sumo, sería el rótulo de lo que antes hemos designado como Dogmática Jurídica o como Teoría General del Derecho. Tendría

19. Cfr. M. VILLORO TORONZO, *Teoría General del Derecho* (México, Porrúa, 1989) p. 14.

las mismas imprecisiones e indefiniciones que vimos en el término de teoría general del derecho²⁰.

Este término sólo contempla un saber científico que confiere universalidad a las ciencias jurídicas, sin parar mientes en su característica epistemológica. Así es como la describe, por ejemplo, L. García San Miguel: "A diferencia de la jurisprudencia, que, como es sabido, se propone analizar individualmente todas y cada una de las normas de un determinado sistema jurídico, la teoría del derecho pretende captar los elementos comunes a las mismas. La jurisprudencia es una ciencia analítica que pretende captar todos los elementos del sistema. La teoría del derecho es una ciencia sintética que intenta descubrir los fundamentos o supuestos del mismo"²¹.

Sin embargo, con esta designación parece que hoy más bien se pretende dar a luz una nueva ciencia del derecho o, al menos, una nueva concepción acerca de lo que sea la ciencia del derecho, como consecuencia de la insatisfacción producida por la anterior Teoría General del Derecho, para la que ya "mala tempora currunt".

El nacimiento de esas pretensiones de propuesta de una nueva ciencia puede datarse al inicio de la década de los setenta. Son indicadores de la nueva tendencia una serie de publicaciones, donde se percibe que la nueva Teoría del Derecho se presenta como una ciencia fundamental y fundamentante del mundo del derecho, y no sólo como investigación de los conceptos generales del

20. Algunas obras que usan este término en su sentido genético, sin definir una idea epistemológica peculiar, son: E. GALÁN Y GUTIÉRREZ, *Teoría del Derecho y del Estado* (1951); J. CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho* (1947); L. ARIAS BUSTAMANTE, *Teoría del deber jurídico y del derecho subjetivo* (1948); M. REALE, *Teoria do Direito e do Stato* (1940); José R. ECHEVERRÍA YAÑEZ, *Elementos para una teoría de los derechos subjetivos* (1953); R. ROJINA VILLEGAS, *Introducción y teoría fundamental del derecho y del estado*, 2 5. (1943-44); M. HAURIUO, *La théorie de l'institution et de la fondation* (1925); C. DE COSSIO, *La teoría egológica del derecho* (1944); y *Teoría del Derecho*, traducc. de *Jurisprudence* de E. BODENHEIMER (con prólogo de L. Recaséns Siches) (1942).

21. *Teoría del derecho y jurisprudencia (Una aproximación metodológica)*, en "Rev. del der. español y americano" X, julio-sept. 1965, p. 1.

derecho²². Su característica está lejos del formalismo conceptualista y pretende tener funciones determinantes en la constitución de la misma ciencia jurídica, pues sus teorías avalan el proceso de elaboración de la ciencia y sus principios.

Esta nueva concepción de la ciencia del derecho comprueba también la superación del lastre antifilosófico que arrastraba la Teoría General del Derecho, pues se pretende ahora una reflexión sobre el conocimiento jurídico, no inmediatamente perceptible al nivel de las ciencias particulares del derecho, pero tampoco ajena a los problemas suscitados desde las mismas ciencias y por las mismas ciencias. Tenemos así planteado un nuevo problema, por mor de esa nueva Teoría del Derecho, que es la posibilidad de "una teoría del derecho como ciencia fundamental y, en calidad de tal, también fundamentante, de la ciencia jurídica en general y de las ciencias jurídicas particulares; una especie de teoría de la ciencia jurídica, como teoría de una ciencia específica, con la función

22. Los principales indicadores de esta tendencia son los siguientes. El Coloquio del Instituto de Filosofía Jurídica y Social de Saarland, en 1970, editado como *Rechtstheorie. Beiträge zur Grundlagendiskussion*, edición de G. Jahr y W. Maihofer (Frankfurt a. M. 1971). También la obra en colaboración *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft*, ed. de H. Albert, N. Luhmann, W. Maihofer y O. Weinberger (Düsseldorf 1972), que recoge los trabajos de un Coloquio organizado por la Universidad de Bielefeld en 1971 y que apareció como el número 2 de "Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie". Las obras de A. KAUFMANN y W. HASSEMER, *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie* (Frankfurt a. M. 1971) y la obra en colaboración, dirigida por los mismos autores, *Einführung in die Rechtstheorie und Rechtsphilosophie der Gegenwart* (Heidelberg 1977, 1989⁵); traducción a cargo de G. Robles: *El pensamiento jurídico contemporáneo* (Madrid, Debate, 1992). Posteriormente, encontramos dos obras monográficas sobre el tema, aunque de ideas totalmente diversas. La primera es de A. PODLECH, *Entwurf einer Rechtstheorie als Strukturtheorie positiver dogmatisch gefasster Rechtsordnungen*, en *Rechnen und Entscheiden* (Berlín 1976) y, del mismo, *Architektur einer möglichen Rechtstheorie*, en "Rechtstheorie" 7 (1976) 1-21. La segunda obra es: *Teoría del Estado y del Derecho* (Moscú 1987).

subordinada que la teoría de la ciencia otorga a cada una de esas teorías específicas o subrogadas"²³.

Trataremos, a continuación, de exponer nuestro punto de vista sobre la característica epistemológica de una ciencia en que se investigan aspectos básicos de todo conocimiento jurídico.

IV. LA TEORÍA DEL DERECHO COMO CRÍTICA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO

Nuestra propuesta intenta delimitar un campo de problemas con suficiente coherencia para constituir una sistematización de conocimientos y con suficiente identidad para distinguirlo de otros campos de investigación filosófica del derecho.

Si tenemos en cuenta que la investigación de la teoría de la ciencia, tanto de su constitución interna (gnoseología, metodología, lógica, cibernética, etc.) como de la externa (sociología de la ciencia, política, interdisciplinarietàad, etc.) representan un conjunto homogéneo de problemas nuevos, de significativa aplicación a las investigaciones del derecho, podríamos construir una disciplina teórica sobre los saberes del derecho: su naturaleza, su valor, las categorías de su razonamiento, su índole epistemológica y, en general, todo lo referente a la metodología de esos saberes.

Acaece, además, que en el derecho la misma condición de ciencia está cuestionada, así como también se detecta falta de acuerdo sobre cuáles sean sus problemas básicos. No se puede hablar de la teoría de la ciencia del derecho, como si se tratara de un ámbito científico bien definido, como puede ser la teoría de las ciencias naturales o biológicas, con una larga tradición a sus espaldas. Hoy sería pretencioso, por ejemplo, proponer una

23. M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Teoría del derecho como complemento o en sustitución de la Filosofía del Derecho*, en "Anuario de Derechos Humanos" 1986-1987, pp. 356-7.

investigación de los axiomas de la ciencia jurídica, cuando está *sub lite* la misma caracterización de ciencia de este saber.

El ámbito de los problemas referentes a la crítica del conocimiento del mundo del derecho posee una unidad suficiente como para constituirse en aglutinante de una investigación sobre las bases y el alcance de cuantos conocimientos cabe adquirir sobre lo jurídico. Este tipo de problemas se ha empezado a difundir en los últimos años con el rótulo de Metodología, dando al término un significado de mayor alcance que el vulgar de técnicas metodológicas usuales en todas las ciencias, pues se quería expresar la reflexión sobre los datos obtenidos en el estudio del derecho, sea razonando su condición de verdad o sea clarificando el tipo de discurso usado en el mismo proceso.

1. *Primera función: crítica del conocimiento jurídico*

La crítica del conocimiento jurídico pretende definir el tipo y grado de verdad asequibles en una materia dada y con los métodos con que se trabaja. Es conocido, a este respecto, que últimamente la verdad práctica ha sido objeto de especial investigación por los estudiosos de esta materia, quienes han previsto que era ésa la cuestión fundamental para un tratamiento adecuado de los problemas jurídicos. Y así se ha desplazado el problema central de las técnicas de interpretación y de los criterios jurisprudenciales para la aplicación del derecho a un problema teórico previo, pero más decisivo, cual es fijar las condiciones de validez y aceptabilidad de una propuesta hecha por el legislador, el jurista o el juez.

Lo primero que es obligado clarificar en este proyecto es el sentido del mismo conocer de la praxis, porque el derecho es siempre una pretensión de eficacia, de valores, de justicia o de intereses sociales. La razón práctica tiene coordenadas propias que no es legítimo identificar con la razón técnica ni con la contem-

plativa ni especulativa. Y el demostrar cómo esas peculiaridades deben alimentar incesantemente todo el discurso y la experiencia jurídicas es una tarea muy específica. Hasta en un tema tan remoto como era el de la lógica jurídica, ha motivado que hubiera que enfocarla hacia la lógica deóntica, de tan reciente investigación, y abandonar, por improcedente, todo el discurso de la lógica ilativa.

Nos parece que planteamientos tales como qué tipo de conocimiento es el apropiado para acceder al mundo del derecho y las exigencias racionales de modelar los comportamientos, y no la de ajustarse a la mera facticidad de los hechos sociales, se traducen en una propuesta de investigación teórica de la que la ciencia jurídica no puede prescindir, independientemente del nombre que le demos a tal investigación. En todo caso, no se confunde con otros campos de investigación, de anterior posesión pacífica, y que no requieren autojustificación, mientras que sí la requiere la nueva propuesta de este sector de investigaciones.

2. *Segunda función: crítica de la ciencia jurídica*

La Teoría del Derecho puede también presentarse como una metaciencia del derecho, donde se plantean todos los problemas reflejos acerca de la índole de la ciencia jurídica: su estatuto epistemológico, la definición de su tipología científica²⁴ y su ensamblaje con las demás ciencias. Habría entonces que definir el doble orden de problemas epistemológicos: el interno a la misma ciencia (su metodología y sus teorías), y el externo, de referencia a las demás ciencias y del valor universal de sus conclusiones. Nos parece que en este segundo orden de problemas hoy se discute la índole científica del derecho. Es un debate ya iniciado con la

24. Cfr. mi trabajo *El modelo normativo de la ciencia jurídica*, en "Problemas de la ciencia jurídica. Estudios en homenaje al prof. F. Puy Muñoz", t. II, pp. 167-185, donde tomamos partido por la caracterización de la ciencia jurídica como ciencia normativa.

célebre impugnación de Kirchmann en 1847. Desde entonces, cada nueva teoría de la ciencia ha sido un reto lanzado a la ciencia jurídica para que demuestre si cumple los requisitos de tal. Y esos retos, que han sido lanzados, sucesivamente, desde la ciencia evolutiva, desde la histórica, desde la empírica, desde la lingüística o desde el estructuralismo, han sido siempre un planteamiento externo al desarrollo interno de la ciencia, que ha seguido sorda a muchos de esos requerimientos. Sucede, en efecto, que ese planteamiento externo apunta más bien al significado y proyecciones de la misma ciencia de los juristas en el conjunto del saber humano. Y, en este mismo orden, hoy sigue en pie el tema de la índole científica del derecho con la variedad de opiniones encontradas sobre el tema.

A este respecto, nos parece que la nueva Teoría del Derecho ha nacido a semejanza con los problemas suscitados acerca de la ciencia en el pensamiento moderno. Y esta teoría de la ciencia se ha configurado como una serie de problemas sobre la constitución interna de la ciencia (gnoseología, metodología, lógica, cibernética, etc.) y sobre su configuración externa (sociología de la ciencia, política legislativa, interdisciplinariedad, jerarquía de las ciencias jurídicas, etc.). Y entonces la Teoría de la Ciencia expresaría, no más ni menos, que lo que se presenta como Teoría de la Ciencia en el campo parcial de las ciencias jurídicas.

Fuera del ámbito de las ciencias particulares, uno de los saberes teóricos más cultivados y novedoso es el llamado Teoría de la Ciencia. En ella se plantean problemas tales como qué es un conocimiento científico, si cabe justificación lógica de un saber científico y cómo debe ser; si es de la esencia de la ciencia el obtener resultados verificables; si hay lenguajes universales de la ciencia o sólo particulares de grupos de ciencias; cómo se organiza una teoría científica; si la ciencia ofrece la verdad de sus objetos o sólo una aproximación mediante constructos, metodología y metodologías de la ciencia, etc. Este tipo de problemas, que podríamos llamar científicos de segundo orden, integra un saber

llamado Teoría de la Ciencia. Epistemológicamente son problemas de lógica, metodología y noética. Dada la índole de este tipo de conocimientos, la respuesta a tales problemas se hace mediante teorías, acerca del derecho en nuestro caso (normativismo, sociologismo jurídico, formalismo jurídico, funcionalismo jurídico, naturalismo jurídico). Indudablemente que el examen crítico de tales teorías es un capítulo decisivo en la teoría de la ciencia jurídica.

En términos generales, podríamos decir que la incumbencia de una teoría de la ciencia serían estos dos objetivos: la caracterización, en primer lugar, de la metodología de la ciencia, entendida como reflexión sobre su propia construcción (sus principios, sus teoremas, sus enunciados...), y, en segundo lugar, la fundamentación de las teorías de esa ciencia, es decir, cuáles son sus presupuestos y las implicaciones de las teorías que forman el entramado científico. Ejemplo de esto último sería el justificar el concepto de probabilidad, el concepto de determinismo físico, el de experiencia jurídica o el de la politicidad del derecho. En una palabra, se trata de justificar el valor de lo adquirido mediante la investigación científica, lo cual no se hace por una comprobación a nivel de la misma ciencia, sino por un planteamiento acerca de su significado, fundamento y finalidades del mismo saber.

Otros aspectos sobreañadidos en la teoría de la ciencia ya son correlaciones del saber científico, que suelen ir contempladas en una actividad interdisciplinar, v. gr. la sociología de la ciencia, la política científica, el uso tecnológico de la ciencia, etc. Son las que M. Bunge denomina ciencias externas a la ciencia.

La teoría de la ciencia es, pues, una teoría de las ciencias particulares y su objeto es la investigación de qué es el conocimientos científico y el proceso de su formación.

Esta teoría de la ciencia —con sus correlativas lógica de la ciencia, metodología de la ciencia, filosofía de la ciencia— son

conocimientos todavía en estado de formación. M. Bunge las llama "protociencias"²⁵.

3. *Algunos modelos de teoría del derecho acordes con nuestra explicación*

La anterior propuesta de referir la teoría del derecho a una ciencia que sirva de llave para acceder al estudio científico del derecho, tiene ya algunos paradigmas ofrecidos por teóricos del derecho, cuyas investigaciones obedecen a un esquema muy similar al que estamos aquí delineando. Citemos algún ejemplo a fin de no dar la impresión de que nuestra opinión es algo novedosa o impracticable en el pensamiento jurídico de nuestros días.

Sea una de ellas el proyecto metodológico de K. Larenz en una obra muy socorrida por los teóricos del derecho. Una forma de entender esa teoría de la ciencia del derecho puede estar representada en el proyecto metodológico de K. Larenz²⁶. La Metodología es una ciencia que reflexiona sobre el proceder de la ciencia jurídica y, como tal, moviéndose con cierta distancia respecto a la misma ciencia, ya que somete a juicio o revisa la validez del procedimiento usado y de los conocimientos obtenidos, trazando límites, por ejemplo, entre lo que es una interpretación apta o inadecuada, correcta o alteradora, verdadera o falsa. La metodología es camino obligado para llegar a una consideración filosófica: "la pregunta de si la meta cognoscitiva susodicha de la jurisprudencia... se adecua a la cosa de que se trata, a saber, a la cosa derecho y, por tanto, si vista desde esta misma cosa está justificada tal pregunta, sólo puede contestarla una ciencia que tematiza la peculiaridad, la específica capacidad de sentido de esa

25. *La investigación científica* (Barcelona, Ariel, 1973³) p. 50.

26. Cf. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Berlin 1974⁴); traduc. *Metodología de la ciencia del derecho* (Barcelona, Ariel, 1980²).

misma cosa... es decir, la Filosofía del Derecho"²⁷. Esa ciencia es metaciencia de una ciencia normativa y, por lo mismo, siempre una forma de teoría del derecho²⁸, aunque ésta parece que incluye, además de la metodología, una doctrina de la estructura lógica de las normas jurídicas y una teoría de la sociología del derecho. En cuanto metaciencia, también alcanza a justificar los principios de la jurisprudencia, como, por ejemplo, los principios de la autonomía privada, de la confianza en el tráfico jurídico, el derecho a la audiencia jurídica, la vinculación de la Administración a la ley, el postulado de prevalencia de la buena fe, etc. Cometido propio de esta ciencia es "hacer visible y mostrar la conexión de sentido inherente al orden jurídico como un todo con sentido"²⁹. La pretendida racionalidad del sistema o su instrumentación para los bienes sociales es algo que puede comprobarse sólo a este nivel científico, y no al de las ciencias jurídicas particulares. El poner un plazo, por ejemplo, de quince días para un recurso o fijar la mayoría de edad a los dieciocho, o exigir la forma escrita para una declaración, son normas consideradas por la ciencia, pero otro problema distinto es planificar que existan plazos para la validez de las decisiones, que se fije una edad determinada para el pleno ejercicio de los derechos legales o que los contratos no tengan cláusula alguna de validez y reconocimiento público. Además de los principios fundamentales, esta ciencia puede fundamentar la jurisprudencia, proponiendo las series de tipos usados en las estructuras del ordenamiento y los conceptos jurídicos que este autor denomina "conceptos determinados por la función", como son el negocio jurídico, el derecho de personalidad o la antijuridicidad.

En esta explicación no se dilucida cuál es la metodología específica de cada rama de la ciencia jurídica, ni tampoco el uso de unas reglas técnicas imprescindibles para adentrarse en estos

27. *Metodología...*, p. 237.

28. *Ib.*, p. 241.

29. *Ib.*, p. 479.

estudios, sino cómo se hace la construcción de una ciencia y bajo qué epígrafes pueden ser sistematizados esos conocimientos, de modo que podamos entendernos todos sobre qué interpretaciones son verdaderas y qué aplicaciones son correctas³⁰. Así se explica que este autor señale la gran proximidad entre su idea de la metodología y la hermenéutica: "la metodología es una autorreflexión a la luz de la hermenéutica"³¹, dice. El mostrar, por ejemplo, que todas las normas han de ser generales y que requieren una posterior aplicación, o clarificar que toda norma, en razón de su contexto histórico, requiere un trasvase a situaciones no enteramente iguales, es un planteamiento previo y teórico para el tema científico de interpretación de una ley concreta. La metodología es, en consecuencia, una metaciencia del derecho. Y las partes de que consta su estudio son: doctrina de la norma, formación y enjuiciamiento del hecho, la interpretación, el desarrollo judicial del derecho y los sistemas jurídicos. Todos estos temas quedan descritos bajo la rúbrica de "sentido de los hechos jurídicos", el "modo de ser del derecho" (la validez) y "la idea del derecho" (la justicia)³², que son cuestiones de índole teórica y de nivel metodológico de la ciencia del derecho.

Otra concepción de la teoría del derecho que se aproxima a nuestra propuesta es la de Karl Engisch, que, al ofrecer las bases desde las que procede la ciencia del derecho, apunta a un tipo de conocimiento que se mueve, a medio camino, entre las verdades inamovibles y la contingencia de los hechos reales. Tesis y juicios

30. "Si el derecho abriga una pretensión de validez normativa, no puede ser preterida la cuestión, tanto acerca de la fundamentación como acerca de los límites de esta pretensión de validez. Esta cuestión no es capaz de contestarla la Jurisprudencia...; esta es una cuestión de la Filosofía". *Metodología...*, p. 179. Y allí mismo cita a Ryffel cuando afirma que "la Metodología conduce, queriéndolo o no, a la Filosofía" (p. 237), pues, efectivamente, cada opción razonada de una metodología está apoyada por una postura filosófica sobre el derecho.

31. *Ib.*, p. 239.

32. *Cfr.* p. 179.

de la ciencia jurídica nos ofrecen un equilibrio posibilista en la aplicación de unos principios, directrices o ideales jurídicos que, sin caer en un relativismo escéptico y arbitrario, ofrecen directrices inteligentes oportunas y de justicia posibilista en cada caso. En esto consiste la peculiar metodología y razonamiento propio del derecho. Y ese propósito viene razonado por la teoría del derecho, que ofrece el marco apropiado para tal problema.

La determinación de la aplicación de principios, reglas o valores superiores del derecho en juicios concretos e individualizados es el límite dentro del cual discurre todo el razonamiento jurídico. Pero, si la aplicación individual deja una gran ansiedad, por lo complejo de las circunstancias individualizadoras, no hay que pensar que los principios de que se parte sean verdades inconcusas y apodípticas, sino más bien verdades a modo de opiniones generalizables y verificables sólo *ut in pluribus*³³.

La teoría del derecho es el ámbito propio para dilucidar el concepto de "sistema jurídico", como concepto imprescindible para abordar la científicidad del derecho, pues sólo desde ellas se pueden diferenciar principios, tesis, hipótesis y opiniones y, si nos referimos a la unidad del ordenamiento jurídico, ello sólo acontece en la medida en que podemos salvar las contradicciones o lagunas que se detectan en sus partes: "lo que guarda implícitamente el ordenamiento jurídico, es desarrollado explícitamente por el conocimiento jurídico"³⁴.

También la interpretación jurídica presupone haber establecido el significado y el alcance de los conceptos usados en el derecho. Hay, pues, una labor semántica del derecho que se presenta como

33. "Sin duda que existe un fundamento, tanto en las valoraciones morales como de las jurídicas, pero tan sólo en aquel contexto en que se reconducen valoraciones más singulares y especiales a las más generales y, en última instancia, a los principios supremos que, sin embargo, sólo son válidos de hecho, no a priori". Citado por J. José Gil Cremades en su estudio preliminar a la traducción española: *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales* (Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1968) p. 27.

34. *Die Einheit der Rechtsordnung* (Heidelberg 1935) p. 83.

fundamento para la elaboración científica de interpretación. Conceptos, interpretación legal y sentido de las normas son pasos que requieren una teoría del conocimiento jurídico, que puede configurarse como teoría del derecho³⁵.

Esta teoría del derecho debe renunciar a ser una suma de abstracciones de precedentes legales o de principios tradicionales y debe ponerse en dependencia de los hechos. Ha de ser una "teoría de la concreción del derecho y de su aplicación, así como de la misma ciencia jurídica (en el sentido de orientarse a la realidad)"³⁶. K. Engisch marcó aquí distancias claras respecto a la teoría de Kelsen, a la que tan deudor se reconoce en otros puntos: "una ciencia jurídica concreta no ha de atrincherarse tras el principio metodológico de una teoría pura del derecho, según la cual, objeto de la jurisprudencia en cuanto tal son sólo las normas y sus contenidos normativos de deber ser. Más bien forzaré... a que el jurista tenga a la vista, a la hora de delimitar los contenidos normativos, los hechos jurídicos determinantes y a tratar de ellos en los manuales"³⁷. Como se advierte, se trata en este proyecto de K. Engisch de establecer el estatuto cognoscitivo de la ciencia jurídica, ofreciendo los conceptos y razonamientos que son decisivos para identificar un razonamiento como jurídico. Nuestro autor repetirá, con Max Ernst Mayer, que "regulación y tipificación son el alma del derecho". Máxime, si nos fijamos en que lo individual en el derecho no es sólo un *factum físico fortuito*, sino que tiene un nombre: la persona humana. Mostrar cómo debe buscarse lo justo concreto de una persona humana, al compararlo con unos principios jurídicos generales y apoyados en un sentir mayoritario, es una forma de conocimiento que debe ser fundamentada en la teoría del derecho o en la metodología jurídica. Tal propósito es al que ha tratado de dar cauce en sus escritos el eminente jurista.

35. Cfr. *Einführung in das juristische Denken* (Stuttgart 1956) p. 69 ss.

36. *La idea de concreción en el derecho*, p. 245.

37. *Ib.*, p. 248 s.

Otros intentos ha habido de investigar la gnoseología del derecho desde esquemas científicos determinados, pero no podemos examinarlos ahora³⁸.

Lo que ahora pretendíamos mostrar es sólo que existe un campo abierto a la investigación del mundo del derecho: el de las estructuras cognoscitivas sobre las que se asientan la semántica de los conceptos, la verdad de sus teorías, la lógica de sus argumentaciones y la caracterización epistemológica de sus conocimientos, empezando, como no podía ser menos, por la discusión de si puede llamarse ciencia a una tal construcción de la mente. Todos estos problemas pueden aglutinarse, por la homogeneidad de sus contenidos y de su tratamiento, en una materia disciplinar e investigadora, que es la teoría del derecho. Así enunciada, nos parece que no es un remedo de la Teoría General del Derecho, antes bien, es el aglutinante de muy variadas investigaciones y teorías proyectadas por los juristas para explicar y universalizar problemas del mundo del derecho.

4. *Elenco de problemas típicos de la teoría del derecho*

Una ulterior clarificación de lo que son las coordenadas de nuestra manera de entender los problemas de una teoría del derecho puede llevarse a cabo proponiendo un elenco de problemas que obtendrían su adecuada ubicación en la nueva ciencia.

38. Podríamos citar, dentro de la filosofía española, el intento de referir a las ciencias humanas, en concreto a las jurídicas, la teoría del cierre categorial de G. Bueno. Cfr. P. J. BARBADO y F. LÓPEZ RUIZ, *Ensayo de aplicación de las metodologías alfa y beta-operatorias en las ciencias jurídicas*, en "Universidad y Sociedad" n. 7, 1983, pp. 107-122; y José Luis DE MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, *El debate en torno a la "ciencia jurídica" desde una perspectiva gnoseológica*, en "El Basilisco" 2ª ep., n. 14, pp. 47-58. Pero estos intentos todavía no han demostrado que la tal gnoseología jurídica fuera algo más que la reelaboración, a escala formal, de los procedimientos de la jurisprudencia.

Hay temas que, a nuestro modo de ver, son centrales y definientes de un proyecto de Teoría del Derecho, al menos en la configuración que ahora proponemos. Tales serían: el lenguaje jurídico (la semiótica), el ordenamiento jurídico, la teoría de la legislación, la teoría de la interpretación y aplicación de las normas (hermenéutica jurídica), las estructuras formales de las normas, la lógica de las normas, la teoría de la ciencia del derecho y la metodología jurídica. Al menos todos estos temas, que en el presente intitulan investigaciones y problemas acuciantes a los teóricos del derecho, son un núcleo amplio y homogéneo de cuestiones.

Y no es difícil una separación material de otros temas, también filosóficos, pero que quedarían fuera de la perspectiva del lenguaje jurídico y de las conceptualizaciones de la ciencia del derecho, v. gr. la validez jurídica, la legitimidad, la justicia del derecho, la historicidad, el significado cultural del derecho, la antropología jurídica o la política jurídica. Como también quedarían fuera de la Teoría del Derecho otros sectores de investigación que hoy ya han obtenido una autonomía en los planes de investigación, como son la sociología jurídica o la historia de las ideas iusfilosóficas.

Conforme a ello, proponemos a continuación un esbozo sinóptico de lo que sería una Teoría del Derecho sistemática, organizadora conforme a los criterios anteriormente indicados y que servirá de ejemplificación de lo que es nuestra propuesta de este saber:

- 1) Formas de acceso cognoscitivo a la realidad jurídica (técnica, uso profesional, ciencia). Su respectiva conceptualización y nivel de conocimiento que le corresponde.
- 2) Conocimiento teórico, práctico e instrumental del derecho y sus metodologías.
- 3) La norma jurídica como paradigma jurídico. Elementos de que consta y su conceptualización.
- 4) El ordenamiento jurídico como sistema de normas. Tipología de sistemas. Interacción entre los sistemas.

5) Teoría del lenguaje jurídico del derecho y de la ciencia del derecho.

6) La formación de los conceptos jurídicos y explicación de los principales: hecho jurídico, deber, derecho subjetivo, relación, negocio, validez, generalidad y tipicidad, etc.

7) La interpretación de las normas: metodología, garantías de su corrección, interpretación judicial. Hermenéutica del derecho.

8) La decisión jurídica (teoría de la) y el proceso legislativo. Justicia y política del derecho.

9) La argumentación jurídica. Raciocinios jurídicos no normativos. Raciocinio estadístico.

10) La ciencia del derecho (índole científica del conocimiento del derecho, clasificación de las ciencias, sus rasgos epistemológicos diferenciadores de otros saberes). Las ciencias particulares del derecho.

11) La metodología jurídica (métodos de construcción y aprendizaje, metodología de las decisiones y las interpretaciones racionales).

12) La semiótica jurídica (semántica, sintáctica, pragmática). Tópica y retórica jurídicas.

13) La lógica jurídica deóntica y la lógica de los juristas.

14) Cibernética e informática jurídicas.

V. LA TEORÍA DEL DERECHO COMO FILOSOFÍA JURÍDICA

A) *Caracterización filosófica de la teoría del derecho*

El nivel de conocimiento propio de la Teoría del Derecho, tal como lo estamos proponiendo, es el nivel filosófico. La Teoría del Derecho es un conocimiento trascendente al conocimiento analítico y empírico de la ciencia jurídica, como es también un conocimiento metadogmático, ya que su índole crítica se extiende a los enunciados jurídicos de la ciencia.

La Teoría General del Derecho se mantuvo siempre en el ámbito de los conocimientos científicos del derecho, pues su propósito de elaboración de conceptos abstractos, generalizables para todo derecho, es un objetivo que se mantiene dentro de los cánones de la ciencia jurídica. La Teoría General contempla la racionalidad posible en los ordenamientos históricos del derecho, como algo empírico. En cambio, los planteamientos filosóficos no están circunscritos a esa positividad del derecho³⁹.

La teoría del derecho no es deudora a ese equívoco genético, sino que acepta desde el principio que sus planteamientos no están condicionados a la vigencia formal de los ordenamientos. Ni los conceptos que se investigan, ni la selección de forma de conocimiento y horizonte de verdad que pretende, ni menos el estatuto epistemológico que se otorga, están condicionados por una forma histórica de algunos conceptos, de algunas tesis o de las conclusiones provisionales de la ciencia jurídica. La teoría del derecho trabaja con unos conceptos que incesantemente están sometidos a revisión, con unas certezas siempre contrastadas desde la diversidad de teorías que se renuevan o con un tipo de ciencia que ni antes ni ahora son de pacífica posesión. Es decir, se mueve en una región del pensamiento que se caracteriza acertadamente como nivel filosófico del derecho. La Dogmática Jurídica y la Teoría General del Derecho, en cambio, se han circunscrito a la interpretación de un texto o de una sentencia, pero no pretendieron fundamentar la misma normatividad jurídica, ni cuestionar el recto uso de los términos, ni explicar bajo qué condiciones una interpretación pueda ser aceptada como verdadera o legitimada una aplicación de la norma; contemplan, pues, sólo las "soluciones de

39. Dice J. M. TRIGEAUD: "el significado a que se vincula la filosofía es externo, en cuanto que ha sido recibido del exterior, a partir de una reflexión que sitúa al derecho bajo la influencia de los principios externos y de otra naturaleza". *Humanismo de la libertad y filosofía de la justicia* (Madrid, Reus, 1991) p. 16.

casos" como dice Villorio Toranzo, sin cuestionar los principios cognoscitivos de su mismo saber⁴⁰.

Sólo un planteamiento filosófico puede esclarecer qué razonamientos jurídicos son verdaderos y cuáles no; qué bienes sociales son los que hacen oportuna y justa una determinada legislación y cuáles son los valores dignos de promoción en un ordenamiento jurídico.

La gnoseología jurídica investiga cuestiones no específicamente jurídicas del objeto derecho, pues busca lo que hay de razonable, de verdadero, de correcto y de fundamentado en las conclusiones mismas de la ciencia jurídica. Una tal teoría jurídica recupera los planteamientos filosóficos, tras largos años de planteamientos exclusivamente científicos, con el rótulo de Teoría General del Derecho, aunque fuera con la pretensión de la máxima generalidad. Los planteamientos gnoseológicos del derecho son un sector de la investigación filosófica, que no desbordan el objeto del derecho, pero que se mueven a un nivel de teoría crítica del conocimiento y pretenden una fundamentación de los conceptos usados por el derecho y del procedimiento metodológico apto para encarar la realidad jurídica.

El conocimiento jurídico se mueve a distintos niveles, entre los que deben mencionarse el nivel jurisprudencial o judicial-aplicativo, el nivel de la doctrina científica y el nivel teórico-filosófico. Los problemas que antes hemos planteado a propósito de la teoría del derecho, nos parecen que deben atribuirse en propiedad al nivel filosófico, ya que se mueven dentro de los fundamentos últimos del conocimiento y la ciencia jurídica y no están condicionados por la autoridad de un determinado ordenamiento legal ni por una doctrina que emerge de una legislación concreta. El entender la teoría del derecho de otro modo podría

40. Cfr. *Teoría general del derecho*, p. 142. Como dice A. Kaufmann: "no hay una diferencia de naturaleza entre filosofía del derecho y la teoría del derecho, no teniendo ésta otro objeto de trabajo que el propio de la filosofía jurídica", o. c., p. 35.

justificar su inserción como un saber científico del derecho, pero no así la configuración que nosotros pretendemos⁴¹.

De alguna manera podemos decir que la doctrina iusnaturalista clásica nos ofreció como contenidos del derecho natural los fundamentos de todo derecho legal y, en la misma línea, también investigaba los principios cognoscitivos de toda la doctrina jurisprudencial como principios de la ley moral natural. Es decir, la teoría iusnaturalista pretendía ser también una teoría filosófica acerca del derecho legal, aunque su éxito fuera dispar según épocas y autores. Y, en consecuencia, podemos hacer una cierta conexión, que no pensamos que sea forzada, entre el cultivo de la antigua disciplina del Derecho Natural, que era una disciplina filosófica, y la nueva disciplina del reciente diseño curricular, que es la Teoría del Derecho, la cual es una disciplina filosófica, pues investiga las razones últimas de los conceptos, de la ciencia y del razonamiento jurídico, desde las que procede y en las que se fundamenta la ciencia jurídica⁴².

41. La obra *La estructura del conocimiento jurídico* (Pamplona 1963) de J. M. MARTÍNEZ DORAL defiende que la teoría general del derecho pertenece al ámbito de la ciencia jurídica: "Según nuestra interpretación, tanto la Teoría general como la Ciencia del derecho comparado... utilizan una estructura de nociones y unos medios de análisis que los califican como pertenecientes al ámbito del saber científico y no al del conocimiento filosófico" (p. 129). No nos detenemos aquí, por no ser el lugar conveniente, en explicar qué entendemos por filosofía del derecho. Al propósito, bastaría con referirnos a la explicación que creemos muy acertada de Javier HERVADA en *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho* (Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1992) p. 27. Como también suscribimos su idea de tratar los problemas gnoseológicos del derecho en la filosofía jurídica: "... a la filosofía del derecho corresponde tratar de una serie de problemas gnoseológicos –teoría del conocimiento y del razonar–, que superan el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica. Aquí ya no estamos ante temas de ontología o de metafísica, sino ante cuestiones de gnoseología y de lógica, que son otras ramas de la filosofía" (p. 48).

42. Un gran tratadista del derecho natural clásico en nuestros días, como es J. Hervada, ha mostrado bien que el Derecho natural es el fundamento ontológico de los contenidos de todo derecho legal, y sin él no puede

Si otras veces ha dado la impresión de que, al iniciarse nuevas disciplinas acerca de lo jurídico, todas ellas se desgajaban del árbol caduco de la filosofía del derecho, en el reciente caso de la teoría del derecho, más bien, la impresión que tenemos es que florece ese vetusto árbol, mostrando la savia eterna de los planteamientos teóricos sobre el mundo del derecho. En el presente caso, lo que rejuvenece son los problemas gnoseológicos y de fundamentación del utillaje conceptual y racional imprescindibles para todo jurista, así como los planteamientos acerca de la verdad alcanzable en esta ciencia⁴³.

convalidarse ninguna de sus pretensiones de exigibilidad y obediencia, pero, de manera extraña, sostiene que el estudio del Derecho Natural es un sector de la ciencia jurídica: el referente al derecho fundamental: "el derecho natural pertenece al nivel fundamental del conocimiento jurídico, que es un nivel científico, no filosófico, aunque sus problemas sean ontológicos... Este nivel es el propio de la ciencia del derecho natural –no confundible con la filosofía del derecho– y de la fundamentación de las instituciones jurídicas positivas". *Lecciones propedéuticas...*, 1. c. p. 596 ss. Esto no lo vemos fácilmente armonizable con su concepto de la filosofía del derecho como ciencia teórica y especulativa del derecho, ya que el derecho natural es el fundamento último de la validez de todo derecho positivo, tanto si está positivado como si no lo está. La fundamentación de las estructuras del derecho, tanto en su expresión formal como en sus contenidos, nos parece un tema filosófico. Así también M. VILLEY, en *Compendio de filosofía del derecho. I: Definiciones y fines del derecho* (Pamplona, Eunsa, 1979): "una filosofía que intenta discernir las estructuras generales del mundo se halla en condiciones de aportar al derecho un complemento indispensable: la discusión de sus fines y de sus fundamentos" (p. 44).

43. Gregorio ROBLES entiende la nueva teoría del derecho como una superación y un desplazamiento de la disciplina de filosofía del derecho, que se había agorado en su lento debatirse contra la ciencia positivista del derecho. Cfr. *Introducción a la teoría del derecho* (Madrid, Debate, 1988): "a esta nueva forma de filosofía jurídica propongo que se la denomine Teoría del Derecho, con objeto de diferenciarla tanto de la doctrina del Derecho Natural como de la filosofía del derecho... La teoría del derecho es el análisis del lenguaje de los juristas" (p. 155). De igual modo, en *Introducción a la traducción de la obra de A. KAUFMANN, El pensamiento jurídico contemporáneo* (Madrid, Debate, 1992) p. 15. Y algo similar encontramos afirmado por María José FARIÑAS

B) *Un sector nuevo de investigaciones iusfilosóficas*

La nueva Teoría del Derecho trata de fundamentar y justificar un conocimiento del derecho que abra la vía a un despliegue de la ciencia jurídica superior al que le podía otorgar la Teoría General del Derecho. También la metodología, que antes se limitaba a ser una metodología inductiva y analítica de las normas vigentes, ahora se abre a una investigación de índole reflexiva y crítica sobre la decisión y la interpretación jurídica. Y una ciencia, finalmente, que antes se limitaba a una investigación formal de los conceptos del derecho y del lenguaje normativo, ahora se extiende a una crítica del conocimiento de cuantas realidades son contempladas por la técnica y la ciencia. Por eso, nos parece que el presente modo de explicar la Teoría del Derecho no hubiera sido posible si no hubiese ido precedida de una nueva manera de entender el derecho, que no es sólo el lenguaje de las leyes, sino un hecho complejo formado de decisiones, interpretaciones y aplicaciones.

El acotar un ámbito de problemas filosóficos en torno al derecho con la común característica de ser cuestiones filosófico-jurídicas del conocimiento y la ciencia jurídica, es también un fruto de los planteamientos de la reciente filosofía del derecho. Antes, sólo se estudiaban en la filosofía jurídica los problemas referentes a la justificación del conocimiento mismo, como cuestión previa a toda ciencia. Ahora se ha ampliado el problema a las estructuras de la misma ciencia. La teoría de la ciencia trata de aglutinar los problemas fundamentales del conocimiento científico, de su validez y de sus metodologías. La ciencia del derecho plantea, a este nivel, un orden de problemas muy peculiares: en primer lugar, su caracterización como saber científico o como arte, pero, además, todo lo referente a la validez de sus conceptos, de sus hipótesis y de sus teorías. Por ello, los problemas que aquí incluimos como

integrantes de una Teoría del Derecho, se vinieron trabajando desde hace tiempo bajo los rótulos de metodología jurídica, de lógica jurídica, de semiótica jurídica, de razonamiento jurídico y de hermenéutica jurídica. Estos diversos problemas tienen de común el ser planteamientos teóricos acerca de la realidad vivida del derecho y el referirse todos ellos al conocimiento científico del derecho, aunque a un nivel de tratamiento que no es el cultivado por la Dogmática Jurídica ni por la Teoría General del Derecho, muy circunscritas éstas al derecho empírico. Por eso pensamos que la teoría del conocimiento jurídico puede ser un marco óptimo para englobar esas cuestiones, hasta ahora errantes, y que tienen de común el plantear la validez y consistencia de los saberes jurídicos.

Si hacemos un recuento de las investigaciones ya cumplidas o de las que actualmente se están llevando a cabo en el sector de la Teoría del Derecho, advertiremos que están centradas en torno a temas como: las estructuras de la norma jurídica, para reconocer y distinguir el derecho del no derecho; el ordenamiento jurídico, como sistema explicativo de la validez de las normas; los criterios correctos de interpretación y aplicación de las leyes y la fundamentación de la decisión jurídica. Pues bien, todas esas investigaciones son, como es perceptible, investigaciones sobre los significados del conocimiento jurídico.

La teoría del derecho asume, en consecuencia, las funciones de una teoría crítica del conocimiento jurídico. En ella se plantean los problemas reflejos sobre lo que es el conocimiento y el sistema jurídico y que condiciona y estructura todas las experiencias del derecho. Su mayor incidencia ocurre en las estructuras y en las categorías de la ciencia jurídica, pero se extiende por igual a los principios y finalidades del mundo del derecho.

Los problemas que se suscitan en esta nueva disciplina son previos, por naturaleza, a la experiencia del derecho, si bien, en el tiempo, pueden serle posteriores en su investigación. No compartimos, por ello, las reiteradas afirmaciones que, con el sano propósito de resaltar el interés de la filosofía jurídica, sostiene



que esta disciplina carece de interés si no se alimenta de las experiencias de los juristas y les devuelve, a cambio, unas supuestas utilidades para su práctica judicial o de abogacía⁴⁴. Se procede así porque se acepta la opinión generalizada de que lo que no procede de la experiencia es un discurso inútil y carece de consistencia para un jurista. Pero no es ése el concepto clásico de lo que es una *theoria*, ni de lo que es el discurso de la razón práctica.

44. No hay ciencia que no dependa de una ontología ni de una teoría del conocimiento, que son los campos propios de la filosofía. Como dice M. VILLEY, "no hay experiencia sin apriorismo; los sabios sólo observan a través de los presupuestos de los conceptos y de un lenguaje dado de antemano". *Compendio de filosofía del derecho*, 1. c., p. 43.