

EL SENTIDO DE LA TEORÍA DEL DERECHO

Laura Miraut Martín

Profesora Titular de Filosofía del Derecho.

Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

SUMARIO:

- I. PLANTEAMIENTO
- II. LA TEORÍA DEL DERECHO COMO FORMA ESPECÍFICA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
- III. LA TEORÍA DEL DERECHO COMO TEORÍA FORMAL DEL DERECHO
- IV. LA TEORÍA DEL DERECHO COMO TEORÍA GENERAL "AUTÉNTICA" DEL DERECHO
- V. CONCLUSIÓN

I. PLANTEAMIENTO

Vivimos un momento de esplendor de la teoría del derecho. Es éste un saber jurídico que parece responder en mayor medida que otros de raigambre más clásica a las exigencias que impone la percepción más precisa y completa de toda la complejidad que supone el fenómeno jurídico. Los logros actuales de la teoría del derecho en el plano de la institucionalización académica y de su consiguiente difusión sobre la comunidad de los juristas dan cuenta puntual de la nueva realidad. En última instancia no se ha llegado con ello a otra cosa que a formalizar una situación de hecho que se encontraba en muy amplia medida asentada entre los cultivadores del derecho¹. Ello nos obliga ciertamente a plantearnos qué se quiere decir cuando se esgrime la alternativa de la teoría del derecho como saber jurídico fundamental, esto es, en definitiva, cuáles son los límites y las posibilidades que ofrece una forma de conocimiento del derecho que puja en nuestros días por imponerse sobre otros saberes jurídicos aparentemente más consolidados y estables.

Una simple mirada a nuestro alrededor en busca de la definición y del contenido de la teoría del derecho nos permitirá comprobar de inmediato que ésta es una cuestión que no resulta en absoluto pacífica, ni siquiera entre los propios tratadistas de la disciplina². Resulta paradójico en este punto que la enorme difusión que encuentran en la actualidad los estudios de teoría del derecho³ no se corresponda con un míni-

1 En este sentido MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis, "La teoría del derecho: entre la ciencia y la nada", en *Persona y Derecho*, número 31, 1994, pág. 183, analizando los problemas que conlleva la sustitución de la asignatura de Derecho Natural por la de Teoría del Derecho se refiere a la situación anterior a la instauración de esta última señalando que "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 puramente iusnaturalistas".

2 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, MERGABLUM. Edición y Comunicación, Sevilla, 1998, pág. 141, indica a este respecto que: "La teoría del derecho dista mucho de presentarse como un concepto claro y unívoco. La diversidad de presupuestos teóricos y políticos desde los que viene utilizada y abordada esta nueva denominación, la propia amplitud e indeterminación de su objeto, hacen difícil precisar su concepto, estructura temática y, consecuentemente, su relación con las disciplinas jurídicas y filosófico-jurídicas".

3 RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, "Teoría del Derecho como complemento o en sustitución de la Filosofía del Derecho", en *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad Complutense*, número 4, 1986-1987, pág. 342, señalaba en este punto ya hace más de una década que "la profusión de publicaciones en torno a ella (la teoría del derecho) ha sido comparada con sobrada razón a la abundancia de libros y artículos en torno al derecho natural al final de la segunda guerra mundial".

mo acuerdo acerca de lo que la expresión teoría del derecho viene a designar⁴. Muy probablemente porque a esta cuestión le subyace también, al menos en parte, la opción del teórico acerca de la realidad última del derecho⁵. Sin que falte tampoco quien detecta en esa falta de acuerdo la prueba evidente del fracaso de la teoría del derecho como método de conocimiento jurídico⁶.

La consideración de que de hecho son los mismos filósofos del derecho los que se ocupan de manera preferente del estudio de la teoría del derecho induciría a pensar que nos encontramos ante un modo de conocimiento de naturaleza fundamentalmente filosófica. En este sentido la teoría del derecho quedaría representada como una filosofía del derecho peculiar, como la filosofía del derecho específica o predominante en un determinado momento histórico y en unas circunstancias histórico - sociales concretas.

Las cosas se complican, sin embargo, si consideramos alguna de las afirmaciones contenidas en la editorial de presentación de la revista *Legal Theory*, que por lo reciente de su publicación resulta especialmente significativa a este respecto. Señalan en este punto Lawrence A. Alexander, Jules L. Coleman y Frederick Schauer que "existen unas cuantas revistas aquí y en el extranjero dedicadas a la teoría del derecho desde la perspectiva de la filosofía, otras que están concentradas en los análisis económicos y un puñado que están dedicadas a una u otra perspectiva disciplinar acerca del derecho y de su desarrollo, pero ninguna intenta cruzar las barreras disciplinares reteniendo al mismo tiempo el núcleo de una consistente indagación acerca de la naturaleza del derecho y del análisis y explicación de su desarrollo característico"⁷. Se abre así paso, en definitiva, a una visión de la teoría del derecho que, aun reconociendo la existencia de determinadas versiones de la misma de naturaleza filosófica, intenta superar la interpretación restrictiva que ello supone. No queda claro, sin embargo, si en su anhelo de consolidar una teoría del derecho de carácter interdisciplinar la interdisciplinariedad se refiere exclusivamente a las materias jurídicas, esto es, al peculiar punto de vista inherente al tratamiento de los sectores jurídicos parciales, o a las diferentes perspectivas externas al fenómeno jurídico desde las que éste puede ser analizado.

4 LÓPEZ CALERA, Nicolás María, *Filosofía del Derecho*, Vol. I, Editorial Comares, Granada, 1977, pág. 33, señala en este punto que "se trata de un nombre que sirve para todo o para todos sin comprometer inicialmente a nada ni a nadie".

5 A esta idea parece referirse SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, "Teoría del Derecho y los niveles del saber", en *Persona y Derecho*, número 31, 1994, pág. 273, cuando expresa en relación a la denominación del nuevo saber jurídico que: "el nombre está muy lejos de ser inocuo, sino que entraña consecuencias, no sólo metodológicas, sino también valorativas e incluso objetivas en cuanto a la realidad estudiada, el derecho".

6 SEGURA ORTEGA, Manuel, *Manual de Teoría del Derecho*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, pág. 62, observa en relación a la teoría del derecho que "por lo que se refiere al momento actual me parece que la dispersión temática, la falta de acuerdo respecto de su objeto y, en fin, las constantes vacilaciones que se producen invitan a pensar que nos encontramos ante un intento fallido o fracasado".

7 ALEXANDER, Lawrence A.; COLEMAN, Jules L. y SCHAUER, Frederick, "Editorial", en *Legal Theory*, Cambridge University Press, Volume 1, Number 1, March 1995, pág. 1.

La primera de estas opciones conduciría a reducir a la teoría del derecho a lo que comúnmente se ha denominado teoría general del derecho, es decir, al estudio de los conceptos jurídicos fundamentales comunes a los diversos sectores de los distintos ordenamientos jurídicos. La segunda conduciría a una visión general del fenómeno jurídico que trataría de esquivar las limitaciones propias del análisis filosófico⁸. A ello habría que sumar también, lógicamente, como tercera opción, la consideración de una teoría del derecho de naturaleza estrictamente filosófica, que, como decíamos, pudiera constituir la filosofía del derecho de nuestro tiempo.

Al margen de que la primera de estas opciones pudiese ser razonablemente excluida de las intenciones de los editores de la nueva *Legal Theory*⁹, dado el carácter prioritariamente anticonceptualista de los análisis del derecho en la perspectiva del sistema jurídico anglosajón¹⁰, son estas tres las opciones principales que se ofrecen al docente a la hora de introducirse en la teoría del derecho. La falta de tradición académica de esta disciplina hace que la determinación del sentido de la teoría del derecho se presente, en principio, como una cuestión sustancialmente abierta.

II. LA TEORÍA DEL DERECHO COMO FORMA ESPECÍFICA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Aun contando con el ya apuntado carácter abierto e indeterminado de la teoría del derecho, lo cierto es que la consideración puntual de la evolución del pensamiento jurídico, e incluso de la propia tradición académica, nos habría de llevar a justificar plenamente la aparición de una tercera fase de los saberes filosófico - jurídicos subsiguiente a la del derecho natural y a la de la filosofía del derecho en sentido estricto. Si la primera se presentaba como la filosofía del derecho de la época del predominio iusnaturalista y la segunda como la del predominio iuspositivista, esta últi-

8 Un indicio de este modo de comprender a la teoría del derecho se puede detectar en la publicación en el año 1970 de la revista *Rechtstheorie*, que se define a sí misma como "revista de lógica, metodología, informática y sociología del derecho".

9 RUS RUFINO, Salvador, "Consideraciones sobre la actual Legal Theory", en *Persona y Derecho*, número 32, 1995, págs. 199-200, matiza, sin embargo, esta opinión señalando el deslizamiento de la Legal Theory desde su consideración como saber prioritariamente científico a una consideración tendencialmente filosófica. Indica en este punto que: "La Legal Theory se ha convertido actualmente una forma de considerar el derecho que influye tanto en la formación de los futuros juristas, como en el desarrollo de las distintas profesiones jurídicas, puesto que aporta una perspectiva del fenómeno jurídico complementaria a la propuesta por la dogmática jurídica, pero necesaria para llegar a tener una visión global del derecho en cuya constitución y desarrollo intervienen diferentes disciplinas. Por tanto la Legal Theory fue una consideración científica del derecho, tal como lo fue la Allgemeine Rechtslehre, que sirvió de introducción a las diferentes disciplinas jurídicas: Jurisprudence, Tort, Contract, Property, etc. En la actualidad, gracias a la apertura de las Schools of Law a otros campos del saber -filosofía moral y política, economía, sociología... - que eran extraños y ajenos al derecho, se está aproximando a una consideración filosófica del derecho semejante a los planteamientos de lo que conocemos como filosofía del derecho".

10 Sobre la enseñanza del derecho en los Estados Unidos véase CORTÉS DOMÍNGUEZ, Luis Javier, "La enseñanza del derecho en los Estados Unidos", en FERREIRO, José Juan; MIQUEL, Juan; MIR, Santiago; SALVADOR, Pablo, (editores), *La enseñanza del derecho en España*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, págs. 227 y ss. Y PÉREZ LLEDO, José Antonio, "La enseñanza del derecho en los Estados Unidos", en *DOXA*, número 12, 1992, págs. 41 y ss.

ma se correspondería con la aparición de los síntomas de crisis que acechan al positivismo jurídico como doctrina jurídica dominante.

En este sentido se ha señalado que: "La historia del pensamiento jurídico puede ser dividida en tres etapas: una primera, de dominio de la metafísica, que es la etapa de la doctrina del derecho natural; la segunda, caracterizada por el imperio de la física como modo de conocimiento, que es la etapa del positivismo jurídico, y a la cual corresponde la *Rechtsphilosophie*, y por último, la etapa que surge con la crisis del positivismo... 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, tal como hemos entendido estos conceptos. Los tres conceptos, doctrina del derecho natural, filosofía del derecho y teoría del derecho, son, pues, conceptos históricos, ya que los tres surgen condicionados por modelos epistemológicos diferentes en épocas distintas"¹¹. Aun cuando en el modelo de este autor la apelación a la teoría del derecho identifica una concreta estrategia cognoscitiva, la que proporciona el análisis semiótico, la misma podría también ser extendida al conjunto de las estrategias cognoscitivas en relación al fenómeno del derecho que ponen en cuestionamiento el predominio que en el terreno epistemológico ha correspondido al positivismo. En este sentido, el realismo jurídico psicologista con su actitud de denuncia de la continuidad lógico conceptual existente entre las doctrinas aparentemente contrapuestas del iusnaturalismo y del positivismo jurídico¹². También el realismo jurídico sociológico o decisionista en su afán de destacar los elementos extrajurídicos que intervienen en la definitiva determinación del contenido de las decisiones jurídicas¹³. Otro tanto cabría decir del resto de las doctrinas jurídicas, cualquiera que fuera su influencia, que se apartan de los postulados tradicionales positivistas para la comprensión del funcionamiento del fenómeno jurídico.

11 ROBLES, Gregorio, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Editorial Pirámide, Madrid, 1988, pág. 155.

12 Así, OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, traducción española de Luis López Guerra, Editorial Labor, Barcelona, 1980, págs. 81-82: "El positivismo jurídico, considerado durante largo tiempo como la única teoría jurídica científica, no es más que un derivado de la teoría clásica del derecho natural. Su marco conceptual, fundamentalmente el concepto de derecho positivo, era una herencia de los grandes maestros del derecho natural. La diferencia residía en el rechazo, por parte del positivismo, de la idea de una ley natural como base de la sociedad y del derecho positivo... El concepto de derecho positivo es, en ambos casos, el mismo: se considera que el derecho es expresión de la voluntad de una autoridad suprema. Las diferencias entre el positivismo jurídico decimonónico y la doctrina clásica del derecho natural son diferencias de opinión dentro del marco voluntarista. En conjunto, positivismo jurídico e iusnaturalismo comparten el mismo marco conceptual".

Refleja esta idea PATTARO, Enrico, *Lineamenti per una teoría del diritto*, Cooperativa Libreria Universitaria Editrice Bologna, Bologna, 1985, publicado en lengua española con el título *Elementos para una teoría del derecho*, traducción de Ignacio Ara Pinilla, Editorial Debate, Madrid, 1985, por donde se cita, expresando que: "Los iuspositivistas declararon la muerte del derecho natural cuando plantearon su concepción del derecho como alternativa a la iusnaturalista. El neoempirismo y el realismo normativista deben declarar la muerte del positivismo jurídico, desde el momento en que constatan que se trata de un cuasipositivismo, una especie de iusnaturalismo, respecto al cual plantean alternativamente su propia concepción del conocimiento científico y del derecho" (la cita en pág. 284).

13 Véase por todos RUMBLE, Wilfrid, *American Legal Realism. Skepticism, Reform and the Judicial Process*, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1968, y TARELLO, Giovanni, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè Editore, Milano, 1962.

La teoría del derecho se presentaría así como una forma peculiar de filosofía del derecho que abarcaría a la comprensión del derecho desde planteamientos epistemológicos muy diferentes cuyo común denominador sería el rechazo del positivismo jurídico, y con él también lógicamente del iusnaturalismo. Esto es, en definitiva, a la comprensión del derecho desde los planteamientos del movimiento doctrinal genérico y etéreo que se ha reconocido como postpositivismo jurídico. En este sentido la apelación a la teoría del derecho comportaría la incorporación de un método específico de reflexión en torno al fenómeno jurídico. Pero ello no tendría por qué afectar a la "esencial intercambiabilidad de los rótulos Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho"¹⁴ en lo que concierne al contenido temático de ambas disciplinas.

En la misma línea que sucede en relación al derecho natural y a la filosofía del derecho, las formas del conocimiento del derecho predominantes en las épocas precedentes, también podría afrontarse el análisis de la teoría del derecho desde la perspectiva de los diferentes modos en que quienes profesan la teoría del derecho, en la perspectiva filosófico jurídica apuntada, han analizado los problemas que constituyen su objeto de estudio. Identificaríamos así, por consiguiente, la diversidad de opciones que ofrece la teoría del derecho en su vertiente filosófico - jurídica: como análisis de los problemas generales de la filosofía del derecho desde la perspectiva del concreto autor que rechaza los postulados del positivismo jurídico, y como análisis de las diferentes opciones que han tomado los teóricos del derecho que la entienden como filosofía jurídica peculiar de un determinado momento histórico a la hora de enfrentarse a los problemas.

Lógicamente, la primera de las opciones ofrecería un análisis directo de los problemas filosófico - jurídicos. En este sentido, su utilidad práctica resultaría inmediata. La segunda, en cambio, ofrecería una exposición pluralista de las estrategias cognitivas del derecho que rechazan los métodos del positivismo jurídico. Su utilidad resultaría, en este sentido, indirecta, pero no por ello menos relevante, en la medida en que estimula una actitud abierta y desprejuiciada a la hora de afrontar los problemas jurídicos fundamentales.

La doble opción referida no excluye tampoco, desde luego, la posibilidad de que, asumiendo la identificación de la teoría del derecho como una forma específica de filosofía jurídica, la filosofía jurídica del postpositivismo jurídico, el cultivador de la misma conjugue ambas opciones.

En este punto cabe perfectamente, y quizás sea la alternativa más fructífera desde el punto de vista de la formación del futuro jurista, ofrecerle un panorama más o menos detallado de las diferentes perspectivas de análisis postpositivistas (que en mi opinión debería también complementarse con la exposición de los postulados fundamentales del iusnaturalismo y del positivismo jurídico) y, junto a él también, la

14 MUÑOZ DE BAENA Y SIMÓN, José Luis, "¿Significa algo la expresión Teoría del Derecho?", en *Persona y Derecho*, número 32, 1995, pág. 90.

postura personal que sostenga el docente en relación a los problemas a tratar en el ámbito de la teoría del derecho. Lo que sí está claro, en cualquier caso, es que en su interpretación como filosofía del derecho en sentido amplio peculiar de un determinado momento histórico y de unas concretas circunstancias sociales, la teoría del derecho se encontraría siempre perfectamente legitimada como saber jurídico fundamental en la medida en que contribuye a ofrecer un punto de vista sobre el derecho que por lo demás viene considerado por muchos analistas como el más actualizado y fructífero.

III. LA TEORÍA DEL DERECHO COMO TEORÍA FORMAL DEL DERECHO

La teoría del derecho no sólo se legitima en su vertiente de filosofía del derecho peculiar, sino también, y de un modo muy directo, en su vertiente de elaboración conceptual a partir de los datos normativos que suministran cada uno de los distintos sectores de los diferentes ordenamientos jurídicos¹⁵. Esto es, en definitiva, en su caracterización como lo que convencionalmente se ha dado en llamar como teoría general del derecho.

A nadie se le puede ocultar que la teoría general del derecho proporciona un instrumental teórico de altísima utilidad no sólo para el estudioso del fenómeno jurídico, a quien le ayuda a comprender cabalmente su estructura, y por ende su funcionamiento. También para los distintos operadores jurídicos en la medida en que éstos se sirven también en su quehacer cotidiano de los conceptos jurídicos generales que se suponen consustanciales al propio orden jurídico.

La norma jurídica, la obligación, la sanción, la responsabilidad, el derecho subjetivo, etc... son, desde luego, elaboraciones conceptuales formales. Pero no por ello dejan de ser utilizadas por los juristas en su actuación profesional, e incluso por otros sujetos diferentes a los propios juristas. Son, en este sentido, términos que se encuentran directamente incorporados al lenguaje jurídico, al margen de su evidente implicación en el lenguaje de los analistas del fenómeno jurídico. Esto es, en el lenguaje que toma como objeto propio al derecho.

De hecho, ha sido tan evidente la utilidad de los resultados que proporciona la teoría general del derecho que, a falta de su puntual institucionalización jurídica como tal, no han faltado cultivadores de algunas disciplinas jurídicas parciales que se han visto en la necesidad de dedicar buena parte de sus esfuerzos teóricos a su elaboración. No cabe duda de que el funcionamiento de las instituciones jurídicas y la propia comprensión global del derecho serían muy diferentes si nadie se hubiera ocupado nunca de dedicarse a la teoría general del derecho.

15 No está muy lejos de este modo de entender la teoría del derecho la propuesta de GARCÍA SAN MIGUEL, Luis, *Notas para una crítica de la razón jurídica*, segunda edición corregida, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, pág. 19, de considerarla como "aquel tipo de conocimiento que busca una expresión sintética de las estructuras y conceptos comunes a un grupo de normas para facilitar la aplicación y la crítica de los mismos".

Ésta se presenta, al menos en la perspectiva del sistema jurídico continental, como una necesidad inherente a la propia realidad jurídica, como el presupuesto de cualquier exposición provechosa del derecho. Y es que el análisis de los conceptos jurídicos fundamentales no sólo permite captar la estructura formal de la realidad jurídica en cualquiera de sus manifestaciones, esto es, la estructura formal general del derecho. También proporciona los instrumentos más adecuados para poder proceder a continuación al estudio de cada uno de los sectores concretos del ordenamiento jurídico de que se trate. El administrativista, el civilista, el mercantilista, presuponen en su concepción del sector jurídico al que se dedican toda la serie de conceptos que integran la teoría general del derecho. Es por eso que, a la hora de exponer la disciplina jurídica parcial que se ocupa del sector jurídico en cuestión, manifiestan una tendencia, hasta cierto punto natural, bien a elaborar por sí mismos la teoría general del derecho, aun a riesgo de hacerlo desde la perspectiva necesariamente parcial del sector normativo específico a cuyo análisis se dedican, bien a servirse de la teoría general del derecho que otros hubieran elaborado.

El problema quedaría resuelto si el cultivador de la disciplina jurídica parcial de que se trate dispusiera de una teoría general del derecho convenientemente elaborada que le permitiera captar en su integridad la propia estructura formal del orden jurídico. En este sentido, su labor quedaría reducida a la aplicación de los datos que ofreciera la teoría general del derecho en relación al sector normativo concreto que hubiera de estudiar.

La realidad es, sin embargo, que en nuestro país se ha echado en falta la institucionalización de una disciplina específicamente dedicada al análisis y a la exposición de los conceptos fundamentales del derecho. Esta deficiencia se hubiera podido solventar fácilmente atribuyendo su elaboración a los estudiosos del fenómeno jurídico en general, en concreto, a los cultivadores de la filosofía del derecho que, en su condición de tales, no estarían afectados por la parcialidad inherente a las perspectivas que ofrece cada una de las diferentes disciplinas jurídicas parciales.

No han faltado, desde luego, relevantes estudios de teoría general del derecho elaborados desde la perspectiva institucional de la filosofía jurídica. La gran ventaja de sus análisis y de los resultados de ellos deducidos es que ofrecían una visión auténticamente general del derecho. Los conceptos que expresaban no se elaboraban a partir de los datos normativos que ofrecían las disposiciones jurídicas de derecho administrativo, derecho penal, derecho civil, derecho tributario, etc..., con lo que ello habría de suponer de desvirtuación de la estructura formal real del orden jurídico. Al contrario, eran conceptos elaborados sobre la base de los datos normativos que ofrecían todas las disposiciones de los distintos ordenamientos jurídicos. La teoría general del derecho recobraba así su sentido como elaboración conceptual general, como descripción formal de la propia realidad jurídica.

Por desgracia estos trabajos, de indiscutible calidad en la mayoría de las ocasiones, no han sido, sin embargo, tan numerosos como hubiera resultado deseable, al

menos en lo que concierne a la filosofía del derecho española. A ello ha contribuido sin duda la pervivencia institucional del derecho natural en los planes de estudios de la Licenciatura en Derecho. Y es que, en la medida en que se entendía que el derecho natural no era derecho en el mismo sentido en que lo eran los diferentes ordenamientos jurídicos positivos, podía entenderse que al dedicarse a su estudio el filósofo del derecho tomaba en consideración un orden normativo que no habría de servirle como base para la elaboración de los conceptos jurídicos fundamentales. Se pensaba así que la dedicación a una entidad metafísica, situada al margen de la realidad jurídica, inhabilitaba al filósofo del derecho para la puntual captación de la estructura formal del orden jurídico. O, cuando menos, le proporcionaba datos que no tenían ninguna utilidad a dichos efectos.

Es ésta, desde luego, una visión absolutamente deformada de la función del filósofo del derecho, que tiene entre sus más relevantes campos de acción, precisamente, a la teoría general del derecho. Pero es también una visión que ha tenido algún tipo de vigencia no ya entre los juristas en general, sino también en ocasiones entre los propios cultivadores de la filosofía del derecho de nuestro país.

Se explica así que hayan proliferado también, junto a los relevantes trabajos de teoría general del derecho a los que ya hemos aludido (que en cualquier caso no estaban afectados por la parcial perspectiva que pudiera ofrecer la consideración aislada de un sector jurídico concreto), otros en los que los presuntos conceptos jurídicos fundamentales se presentaban deformados por el simple hecho de tomar en consideración un ámbito normativo limitado, una mera porción de la realidad global que supone el sistema jurídico. Es verdad que los cultivadores de las disciplinas jurídicas parciales que se han dedicado a la realización de estudios de teoría general del derecho se han esforzado en abstraerse del reducido compartimento normativo que constituye el objeto específico de su disciplina. En ese sentido su pretensión ha sido la de elaborar una auténtica teoría del derecho en general comprensiva de las diferentes expresiones normativas de los ordenamientos jurídicos. Pero en ese intento no han podido evitar, en la mayoría de las ocasiones, verse afectados por la peculiar mentalidad jurídica que caracteriza a los cultivadores de las diferentes disciplinas jurídicas parciales. Mentalidad jurídica que siempre resulta, en mayor o menor medida, condicionada por la realidad que supone el concreto sector normativo al que dedican preferentemente sus análisis.

No queremos decir con ello que las diferentes investigaciones y exposiciones doctrinales de teoría del derecho que hayan podido realizar en el pasado o vayan a realizar en el futuro los cultivadores de las disciplinas jurídicas parciales estén de antemano condenadas al fracaso, porque, en última instancia, el resultado dependerá siempre de la capacidad teórica que tenga el estudioso en cuestión. Pero sí hay que reconocer, cuando menos, que el cultivador de las disciplinas jurídicas parciales se encuentra de manera inevitable en una posición desventajosa a tales efectos en relación a la posición que ocupa el filósofo del derecho, que, por su propia condición, es un generalista con respecto al estudio del fenómeno jurídico.

Una larga tradición académica ha emplazado durante mucho tiempo el análisis de los conceptos jurídicos fundamentales en el ámbito del derecho civil. Esta situación pasada se explica por el carácter que en un determinado momento histórico le correspondía al derecho civil como derecho general, esto es, como orden jurídico que regulaba el común de las relaciones que se producía en el territorio regulado por el mismo. Es normal que en una sociedad poco evolucionada desde el punto de vista de la intervención de los poderes públicos, en la que ésta se reducía casi exclusivamente a garantizar la paz y la seguridad de los individuos, el derecho público tuviese una importancia muy reducida. A los poderes públicos sólo les correspondía una función reactiva contra las vulneraciones del orden natural de las cosas, en el que habrían de producirse las relaciones jurídicas. Éstas eran, por consiguiente, en su mayoría relaciones entre individuos particulares, y no relaciones con el Estado ni con ninguna persona o entidad que se presentase revestida de autoridad pública.

En la actualidad, como es bien sabido, esta situación se ha modificado radicalmente. El Estado y los poderes públicos asumen una función cada vez más intervencionista en la vida social. Y el derecho se presenta, precisamente, como el instrumento adecuado para llevar a efecto semejante intervención. Se trata de configurar nuevas situaciones sociales, que se estiman más justas que las actuales. Los poderes públicos redistribuyen las rentas personales, garantizando determinados bienes públicos de interés general y una relación más equilibrada entre las posiciones personales de los miembros de la colectividad social. El Estado ya no es el árbitro de actuación de los ciudadanos, ni siquiera el árbitro de las relaciones entre los ciudadanos. Es él mismo un actor de la vida social, cuya actuación debe ser adecuadamente regulada y controlada, sobre todo a la vista de la situación de desigualdad en que se encuentra con respecto al resto de los sujetos de la vida social en lo que concierne a sus posibilidades reales de actuación. En este punto se redimensiona la importancia del derecho público, que pasa a convertirse en un sector normativo preponderante con respecto al derecho privado, por más que tal preponderancia no haya encontrado su adecuada correspondencia en la docencia encaminada a la formación de los juristas¹⁶.

Parece claro que los viejos conceptos jurídicos de contrato, obligación, relación jurídica, etc..., que formularon en el pasado los cultivadores de la teoría general del

16 Aún mantienen su vigencia, a pesar de los cambios introducidos recientemente por la reforma de los planes de estudios de la Licenciatura en Derecho, las palabras de CAPELLA, Juan - Ramón, "La crisis actual de la enseñanza del derecho en España", en GIL CREMADES, Juan José (director), *La enseñanza del derecho*, Seminario de profesores de la Facultad de Derecho, Institución Fernando El Católico, Zaragoza, 1985, pág. 27: "La enseñanza del Derecho se articula en España en torno al estudio del Derecho privado. En la formación de los juristas españoles, este aspecto del Derecho tiene más peso que su correlato público. La enseñanza predominante del Derecho privado está vinculada a un momento de la historia social que hoy pertenece al pasado. Supone que el centro de gravedad de la vida social lo constituyen las relaciones entre particulares tuteladas por un Estado - Gendarme que las observa desde fuera: un Estado que se ha limitado a determinar las condiciones en que las relaciones entre los agentes del mercado pueden establecerse a su vez sin ulterior interferencia, y que es llamado a intervenir sólo cuando están amenazadas o se vulneran las normas dispuestas por los agentes del mercado".

derecho no son precisamente adecuados para comprender las nuevas situaciones. Y es que aquellos se presentaban como conceptos elaborados a partir de un determinado tipo de normas jurídicas, las normas de derecho civil, reguladoras de relaciones jurídico - particulares. En este sentido el contrato administrativo tiene un difícil encaje en la figura decimonónica del contrato. La relación jurídico tributaria no se adapta perfectamente a la configuración clásica de la relación jurídica, etc... El tránsito del modelo de Estado liberal al actualmente preponderante modelo de Estado social comporta una evidente transformación de las normas jurídicas y de la relevancia cuantitativa de cada uno de los diversos sectores jurídicos. En este marco la competencia de los cultivadores de una disciplina parcial del derecho para la elaboración de la teoría general del derecho se presenta como un evidente anacronismo que sólo puede conducir a una comprensión defectuosa y desvirtuada de la realidad jurídica.

El peso de las tradiciones, también de las tradiciones académicas, es, sin embargo, muy fuerte. Si la adaptación del derecho a la realidad se produce normalmente con lentitud, ésta resulta aún mucho más exasperante en lo que concierne a la enseñanza del derecho. Ello explica que incluso en una sociedad fundamentalmente intervencionista como la de nuestro país en las últimas décadas, la configuración de una teoría general del derecho inadaptada a los cambios normativos haya seguido funcionando bastante tiempo más de la cuenta. Y haya motivado también las reservas de los filósofos del derecho con respecto a la estructuración de los futuros planes de estudios y a la determinación de la competencia académica con respecto a la enseñanza de la teoría general del derecho, o de la introducción al derecho, que, como tal introducción, ha de ser al derecho en general, esto es, al conjunto de los diversos sectores jurídicos¹⁷.

En la actualidad esta situación parece, sin embargo, ya superada, asumiéndose la idea de que el estudio de la teoría general del derecho corresponde a la competencia de los generalistas del derecho, llámeseles filósofos del derecho, o con cualquier otra denominación, y no a los cultivadores de ninguna de las disciplinas jurídicas parciales¹⁸. Por lo demás, ante el desarrollo que van adquiriendo progresivamente los análisis jurídicos en el ámbito del derecho público, no parece tampoco que el mayor

17 PECES - BARBA, Gregorio, "Sobre la filosofía del derecho y su puesto en los planes de estudios", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1975, reproducido en *Libertad, Poder, Socialismo*, Editorial Civitas, Madrid, 1978, pág. 268, se refería en este punto en el año 1975 a la conveniencia de implantar la asignatura de Introducción al Derecho "evitando, eso sí, que esta denominación incluya esta asignatura en la órbita de los civilistas, durante tantos años monopolizadores, sin título alguno de los conceptos generales del derecho".

18 Nos referimos, claro está, a la competencia en el ámbito estrictamente docente, y no en el de la investigación. En este último no parece razonable poner barreras a la libre actividad de los estudiosos del derecho, cualquiera que sea el sector jurídico a cuyo análisis se dediquen preferentemente. De hecho, y aún contando con los condicionantes que la dedicación a disciplinas jurídicas parciales impone sobre la mentalidad jurídica de cada cuál, la elaboración de ensayos generalistas sobre el derecho desde el punto de vista peculiar de estas disciplinas puede también abrir nuevas perspectivas a la investigación jurídica, redundando, en definitiva, en el avance de la misma.

peligro para una dedicación impropia a la teoría general del derecho pueda provenir en nuestros días precisamente del ámbito del derecho civil. Más bien habría que precisar, con Luis Prieto Sanchís, que “la impronta iusprivatista con que se han venido construyendo las teorías generales, últimamente en trance de sustitución por el iuspublicismo del derecho administrativo, podría ser argumento bastante para disuadir de los enfoques parciales y, en el fondo, mucho más empíricos de lo que dan a entender”¹⁹.

En cualquier caso, lo que es importante destacar es que la teoría general del derecho constituye un saber jurídico atribuible a los filósofos del derecho por razones que exceden a la propia consideración de que ningún otro colectivo docente está más preparado que los filósofos del derecho para hacerlo. Queremos con ello decir que en la vieja polémica entre la naturaleza científica o la naturaleza filosófica de la teoría general del derecho nos inclinamos decididamente por esta última opción.

Creemos que el clásico argumento que ofrece el recurso a las tesis tridimensionalistas para concluir a favor de la solución científica carece, en realidad, de consistencia. No tiene sentido decir que la teoría del derecho opera sobre la base que le proporcionan las normas jurídicas y que al ser el estudio de las normas jurídicas competencia de la ciencia del derecho aquella debe inscribirse necesariamente en ésta. Y es que también las normas jurídicas incorporan remisiones a valores y principios jurídicos, lo que nos situaría, en la misma lógica de las tesis tridimensionalistas directamente en el ámbito de la filosofía jurídica²⁰. De hecho, la misma concepción de la norma jurídica supone una necesaria remisión, siquiera sea implícita, a los valores que representa como elemento singular de la ordenación general de la vida social. En este punto la creciente apelación a la idea de la teoría fundamental del derecho como contrapunto del significado más aséptico y formal de la teoría del derecho no haría sino incidir en una versión más contentutista del saber jurídico en cuestión²¹, sin por ello comprometer tampoco el significado inequívocamente axiológico de las normas que integran el sistema jurídico.

La opción por la adscripción de la teoría general del derecho al ámbito de la ciencia jurídica surge además delequívoco que supone una consideración demasiado restrictiva de la generalidad de los órdenes jurídicos que constituyen su base. Prevalece hoy, en efecto, una contemplación de la teoría general del derecho que flexibiliza enormemente el sentido de la generalidad, cuando bien mirado, el concepto de generalidad tendría que constituir, en cierto modo, un con-

19 PRIETO SANCHÍS, Luis, "Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo IX, Nueva Época, 1987, págs. 602-603.

20 Véase al respecto, ARA PINILLA, Ignacio, *El Estatuto de la Teoría General del Derecho*, Ediciones Cort, Palma de Mallorca, 1987., págs. 101 y ss.

21 Así, DE CASTRO CID, Benito, "Teoría del Derecho", en FERNÁNDEZ - GALIANO, Antonio/DE CASTRO CID, Benito, *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Editorial Universitas, Madrid, 1995, pág. 34: "el nombre que parece preferible es el de teoría fundamental del derecho, ya que la reflexión designada desborda los límites y la orientación de la ontología jurídica y de la teoría del derecho, entendidas en su sentido histórico estricto".

cepto absoluto. La misma idea de la mayor o menor generalidad de los ordenamientos jurídicos que sirven de base para la construcción de la teoría general del derecho estaría poniendo directamente en cuestión el carácter universal que se le ha querido dar a la teoría del derecho con el apelativo de teoría general del derecho.

Es evidente que una teoría general del derecho entendida como análisis de los conceptos jurídicos fundamentales en la que la idea de generalidad refiera la del número máximo de ordenamientos jurídicos que se pudieran tomar en consideración, suministrará probablemente conceptos menos precisos, y por tanto también menos útiles, que una teoría general del derecho que sólo tome como referencia un número limitado de ordenamientos jurídicos, o de sectores de un determinado ordenamiento jurídico. Pero esta circunstancia no tiene que invalidar el significado auténtico de la teoría general del derecho, como teoría general en todo el sentido de la expresión, esto es, como teoría cuyo ámbito de actuación se extiende a los más diversos ordenamientos jurídicos.

La llamada teoría general del derecho recupera así toda su potencialidad como teoría capaz de proporcionar una visión abstracta de la realidad jurídica, una visión desconectada de la consideración reductivista de un número limitado de normas jurídicas. Supone así, en cierta medida también, un ejercicio de imaginación que tiene en cuenta no sólo la realidad de los ordenamientos jurídicos, sino también la posibilidad de los mismos, su representación como ordenamientos jurídicos potencialmente existentes. En este punto habría que decir, por consiguiente, que el problema de la teoría general del derecho radica en todo caso en la presunta universalidad de los conceptos jurídicos²², no en la mayor o menor utilidad que éstos pueden proporcionar a los estudiosos del derecho. La caracterización de la teoría general del derecho no puede verse comprometida por ningún juicio acerca de su utilidad. Éste resultaría siempre externo a su identificación como teoría.

Ciertamente, los estudios actuales de teoría general del derecho parecen empeñados en realizar una teoría general en sentido impropio, en la medida en que suelen tomar como base a los ordenamientos de un determinado sistema jurídico, y no al resto de los ordenamientos actualmente vigentes o que han tenido vigencia en el pasado. Menos aún se presentan con la pretensión de comprender en su alcance significativo a ordenamientos jurídicos hipotéticos o imaginarios, de los que no se puede predicar una existencia real.

En este sentido, la elaboración de teorías generales del derecho reduce considerablemente sus funciones a la de la enmarcación del ordenamiento jurídico que constituye el punto de referencia directo del analista en cuestión en el sistema jurídico al

22 BARBERIS, Mauro, "Universal Legal Concepts. A Criticism of General Legal Theory", en *Ratio Juris*, Volume 9, number 1, 1996, págs. 1 y ss.

que pertenece el mismo²³. Es, en definitiva, una forma de comprensión de uno o de varios órdenes jurídicos o sectores normativos, en la perspectiva más amplia, que supone su adscripción a un grupo común²⁴.

De hecho, lo más habitual es que los estudiosos empeñados en la elaboración de la teoría general del derecho en nuestro país, y en los demás países de culturas jurídicas colindantes, reduzcan la presunta generalidad de los ordenamientos jurídicos sobre cuya base se elabora la teoría general del derecho a los ordenamientos jurídicos actuales integrados en el sistema jurídico continental y a los ordenamientos jurídicos pretéritos de ese mismo sistema que han tenido vigencia con posterioridad al hecho trascendente que supuso la codificación del derecho. Son así, ante todo, teorías generales del derecho codificado, o, si se quiere, teorías generales del derecho elaborado en la perspectiva del movimiento codificador.

No cabe duda que, así vista, la teoría general del derecho proporciona conceptos mucho más precisos que una teoría general del derecho vaga y etérea que trate de comprender a todos los ordenamientos jurídicos, tanto a los ordenamientos jurídicos reales como a los posibles. Pero esta mayor precisión conceptual se obtiene también a costa de una reducción del objetivo fundamental de la teoría general del derecho. Éste ya no puede ser ofrecer una visión abstracta y general del orden jurídico, sino, mucho más simplemente, ofrecer el análisis de uno o varios órdenes jurídicos con una perspectiva si se quiere macroscópica.

Decir entonces que la teoría general del derecho es ajena al ámbito de la filosofía jurídica, que frente a lo que nosotros sostenemos debe inscribirse en el ámbito de la ciencia del derecho puede tener algún sentido²⁵. Pero éste no es otro que el sentido de la desvirtuación de la naturaleza y de la función real de la teoría general del derecho. Y ello al margen de lo que pudiera suponer con vistas a la desaparición o

23 ARA PINILLA, Ignacio, *El Estatuto de la Teoría General del Derecho*, cit., págs. 70-71, destaca en este punto "la tendencia progresiva a restringir la presunta generalidad de las teorías jurídicas al análisis de una concreta familia de sistemas jurídicos, que, a la postre, vienen a presentar características semejantes, soslayando, de esta manera, el estudio de la universalidad de los sistemas jurídicos, con todo lo que ello comporta de lógica limitación y de correlativa insuficiencia en orden al conocimiento del fenómeno jurídico expresado a través de las diferentes teorías generales del derecho".

24 La diferente opción que supone la referencia a la generalidad a los ordenamientos jurídicos y a los sectores normativos viene reconocida por GARCÍA SAN MIGUEL, Luis, *Notas para una crítica de la razón jurídica*, cit., pág. 18, cuando señala que: "A diferencia del jurista (en sentido estricto), cuya labor es analítica, el teórico del derecho realiza una labor sintética. El teórico del derecho acota un campo de normas (Derecho privado, Derecho público, de familia) o quizá estudia la totalidad del orden jurídico positivo y busca las estructuras y conceptos comunes a esas normas. Pues todas las normas, o por lo menos grandes grupos de ellas, poseen una estructura común y contienen conceptos también comunes".

25 Esto no quiere decir, sin embargo, que la teoría general del derecho entendida en este sentido deba ser adscrita, en lo que a su tratamiento académico corresponde, a un ámbito disciplinar distinto al de la filosofía del derecho. Y es que, también entendida como teoría formal de una generalidad reducida de ordenamientos jurídicos o sectores normativos, el análisis de la teoría general del derecho desde la perspectiva parcial que proporcionan las disciplinas que se ocupan de sectores normativos concretos pecaría de los mismos condicionantes, en lo que concierne a la especificidad de la mentalidad jurídica *ratione materiae* del tratadista, que en el caso de que se tratase de una teoría auténticamente general, empeñada en la captación del derecho como fenómeno abstracto.

cuando menos relativización de las teorías generales parciales del derecho la creciente tendencia a la armonización de las culturas y de los sistemas jurídicos²⁶ que impone el actual proceso de globalización, en la perspectiva de la imposición de las culturas jurídicas propias de los países dominantes en el espectro internacional²⁷.

Los equívocos que provoca la discusión acerca de la ubicación de la teoría general del derecho en el espectro de los saberes jurídicos derivan precisamente de esta desvirtuación. Con ella la teoría general del derecho pierde su sentido primario, que sólo puede serle devuelto con la correcta incorporación de la misma al saber filosófico jurídico²⁸.

IV. LA TEORÍA DEL DERECHO COMO TEORÍA GENERAL "AUTÉNTICA" DEL DERECHO

En los epígrafes anteriores de este trabajo hemos podido comprobar que la teoría del derecho en su versión de filosofía jurídica en sentido amplio peculiar del momento histórico en el que se presentan los primeros síntomas de quiebra de la hegemonía positivista, y la teoría del derecho en su versión de teoría general del derecho coinciden en la común naturaleza filosófico jurídica que les corresponde²⁹. La diferencia está en que en el primer caso la teoría del derecho se identifica sin más

26 FRIEDMAN, Lawrence, "Is There a Modern Legal Culture?", en *Ratio Juris*, Volume 7, number 2, 1994, pág. 125, caracteriza en este punto a nuestro tiempo como la "era de la convergencia de las culturas jurídicas", señalando que "conforme se va haciendo más pequeño el mundo por el efecto conjunto de los milagros del transporte y la comunicación, la práctica del derecho y, creo yo, la cultura jurídica, se van internacionalizando rápidamente".

27 WIEGAND, Wolfgang, "Americanization of Law: Reception or Convergence?", en FRIEDMAN, Lawrence M. and SCHEIBER, Harry N. (edited by) *Legal Culture and the Legal Profession*, Westview Press, Boulder, Colorado, 1996, pág. 137, habla a este respecto del fenómeno del "imperialismo jurídico americano".

28 Y ello al margen de que una caracterización amplia de la ciencia como la que propone MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis, "La teoría del derecho: entre la ciencia y la nada", cit., págs. 186-187, al identificarla como "una estructura debidamente sistematizada de conceptos y categorías lógicas que posibilitan el conocimiento y la explicación coherente de una realidad", pueda llevar a considerarla como "una de las ramas del saber jurídico cuya cientificidad... ofrece menos dudas" (la cita en pág. 192).

29 Ello no comporta, sin embargo, una coincidencia necesaria en la caracterización general del derecho que ambas puedan ofrecer. Ésta dependerá en buena medida del propio concepto de derecho de que se parta. Hay quien, como ROBLES, Gregorio, "¿Qué es la Teoría del Derecho?", en *Persona y Derecho*, número 32, 1995, pág. 103, identifica a la teoría del derecho con cualquier derecho posible: "Podemos definir la teoría del derecho como la disciplina que estudia el derecho en general. Esto quiere decir que la teoría del derecho no estudia el derecho concreto de un determinado país o nación (por ejemplo, el derecho español, o el derecho romano clásico), sino cualquier derecho, ya de los existentes, ya de los que han existido o existirán. En otras palabras: el objeto de la teoría del derecho es el derecho posible".

Otros, en cambio proceden directamente a reducir las posibilidades de existencia del derecho al derecho positivo, con las implicaciones que ello comporta en relación al sentido de la teoría del derecho. Así, por ejemplo, PRIETO SANCHÍS, Luis, "Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho", cit., págs. 603-604: "En este sentido, la labor de una teoría del derecho emprendida desde la filosofía ha de situarse en un punto equidistante entre la ontología iusnaturalista y la dogmática positivista. No se trata de construir una teoría del derecho natural o del derecho racional que resulte inservible para identificar un sistema jurídico positivo, pero tampoco de describir éste en un modo tan apegado a lo empírico que resulte hermosa como la cabeza de madera en la fábula de Fedro, pero que, al igual que ella carezca de seso. De ahí que haya de ser una teoría del derecho positivo, pero de todo derecho positivo o, haciendo las oportunas cautelas, del derecho positivo de una determinada cultura jurídica".

como filosofía del derecho, ambos términos son así equiparables, y en el segundo la teoría del derecho constituye simplemente un apartado, por lo demás un apartado fundamental, de la filosofía del derecho.

La última de las opciones posibles, antes apuntadas, la consideración de la teoría del derecho como un saber multidisciplinar sobre el derecho que trata de superar las limitaciones inherentes al conocimiento filosófico, se aparta ya, sin embargo, de este modelo, precisamente por incorporar perspectivas ajenas a la estrictamente filosófica. Este apartamiento del modelo de la filosofía del derecho no comporta, sin embargo, su adscripción a ningún otro de los modelos de conocimiento que han operado tradicionalmente en relación al fenómeno jurídico. Supone, sin más, la instauración de un nuevo modelo cuya pretensión fundamental consiste en proporcionar la respuesta adecuada a las insuficiencias de que adolecían los modelos cognoscitivos tradicionales³⁰. Un modelo que, como tal, resultaría contrapuesto a lo que se ha venido a reconocer como la "teoría del derecho en su sentido más estricto"³¹.

En esta perspectiva, la teoría del derecho no pierde, desde luego, su dimensión filosófica. Al contrario, en tanto que teoría multidisciplinar sobre el derecho tendrá que abarcar necesariamente esta dimensión. Pero su relevancia queda sensiblemente disminuida al ser una perspectiva más de análisis del fenómeno jurídico, necesaria en cualquier caso para la más adecuada captación del mismo, pero insuficiente por sí sola para la consecución de este propósito.

En efecto, la teoría del derecho en el modelo multidisciplinar no puede ya conformarse con la realización de un análisis simplemente estructural del orden jurídico. Tampoco le basta con considerar los valores inherentes a las disposiciones jurídicas, ni con examinar el sentido que éstas hubieran de tomar desde la perspectiva de su legitimación. Es una teoría del derecho que no puede perder de vista la realidad social sobre la que opera el derecho, la personalidad específica de los sujetos que lo crean y que se someten a él y, de manera especial, las funciones que el orden jurí-

30 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, cit., pág. 141, señala en este sentido que: "consciente o inconscientemente, con la nueva terminología se ha tendido a sustituir otras formas tradicionales de reflexión teórica sobre el derecho. Así, frente a la inspiración inequívocamente positivista de la teoría general del derecho, la actual teoría del derecho pretende superar el angosto reduccionismo de una teorización jurídica circunscrita al análisis normativo ampliándola con indagaciones sociológicas, antropológicas, lingüísticas, lógicas e incluso tecnológicas. También se distancia de la dogmática jurídica por haber tenido uno de sus cauces de conformación y expresión en las denominadas teorías críticas del derecho, las más de las veces de inspiración marxista, que frente a la admisión dogmática de los postulados normativos del legislador y las instituciones, propugnan la revisión crítica de sus presupuestos ideológicos y sus funciones sociales. Se plantea como alternativa del rótulo ciencia jurídica en la medida en que pretende evitar los equívocos, reiterados en el siglo XIX y principios del nuestro, sobre una identificación entre las formas de científicidad físico-matemática y la científicidad jurídica, y pretende articular la relación entre ésta y la teoría de la ciencia según las exigencias de nuestro tiempo".

31 ROTTLEUTHNER, Hubert, "Legal Theory and Social Science", en PECZENIK, Aleksander, LINDAHL, Lars, and von ROERMUND Bert, *Theory of Legal Science*. Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science, Lund, Sweden, December 11-14, 1983, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1984, pág. 526.

dico ha de realizar. En este sentido la idea del tránsito desde la estructura a la función en el ámbito del análisis del derecho que propusiera Norberto Bobbio hace ya unas cuantas décadas³² simbolizaba de manera bastante certera las nuevas exigencias que plantea en la actualidad el conocimiento de la complejidad del fenómeno jurídico.

En realidad, la teoría del derecho así entendida sería auténtica teoría general del derecho en el sentido de que referiría la generalidad de puntos de vista teóricos acerca del derecho³³. No parece, en efecto, justificada, al menos en principio, una configuración de la teoría general del derecho que la reduzca a la teoría estrictamente formal del fenómeno jurídico, por muy establecida que pueda encontrarse esta configuración en la cultura jurídica de nuestro tiempo, asumiendo el indiscutible peso histórico que le corresponde. Antes al contrario, se constata que los calificativos general y formal, tanto en su aplicación a la teoría del derecho como a la teoría que toma por objeto a cualquier otra realidad, designan entidades diferentes, pudiendo decirse precisamente que lo formal es un componente necesario entre otros de lo general³⁴.

Es cierto que la tradición y el prestigio adquirido por la denominación de teoría general del derecho para referirse a la teoría formal del derecho pueden hacer aconsejable su mantenimiento acrítico como tal en el lenguaje de los juristas. No es, en efecto, aconsejable introducir mayores problemas terminológicos allí donde la atribución de un determinado significado a las expresiones se encuentra suficientemente acuñada. Pero ello no nos debe hacer perder de vista que se trata de una expresión hasta cierto punto distorsionante de lo que supone la lógica del lenguaje ordinario.

No cabe dudar, en cualquier caso, que, en su versión de teoría multidisciplinar del derecho, la teoría del derecho se presenta como el saber jurídico más ambicioso, el saber que pretende la comprensión global del fenómeno jurídico. Pero es también

32 BOBBIO, Norberto, "Hacia una teoría funcional del derecho", traducción española de Genaro R. Carrió, en VV.AA., *Derecho, Filosofía y Lenguaje*. Homenaje a Ambrosio L. Gioja, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1976, págs. 9 y ss.

33 Se trataría, en cualquier caso, de un modelo aun más amplio en su generalidad, al abarcar a la totalidad de las posibles perspectivas de análisis que admite el derecho, que el modelo que describe SORIANO, Ramón, *Compendio de Teoría General del Derecho*, segunda edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1993, pág. 18, al expresar que "en algunos casos incluso se ha identificado (a la teoría general del derecho) en un alarde de abstracción con la teoría de la experiencia jurídica que engloba las vertientes normativa, sociológica y axiológica de la realidad del derecho". Este autor tiene mucho cuidado, sin embargo, en rechazar este tipo de comprensión de la teoría general del derecho, advirtiendo que "una teoría del derecho así concebida no se ocupa de los valores jurídicos, objeto de consideración de la axiología jurídica, ni de la relación entre el derecho y la sociedad, objeto de análisis de la sociología del derecho; su campo de estudio es el derecho positivo, constituido por las normas y las instituciones jurídicas que constituyen el ordenamiento jurídico".

34 El ejemplo más paradigmático a este respecto lo proporciona KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción de la segunda edición en alemán por Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, pág. 15, cuando caracteriza a la teoría pura del derecho como "una teoría sobre el derecho positivo en general", y no como una teoría general del derecho.

un saber dudosamente fructífero en cuanto a la posibilidad real de la obtención de los resultados que de ella se esperan. Para alcanzar éstos sería necesario que el tratadista de la teoría del derecho dispusiera de un dominio completo de las herramientas que proporciona la lógica, la antropología, la psicología, la historia, etc...

Evidentemente este modelo de teórico del derecho es muy difícil de encontrar. Sus cultivadores suelen presentarse en la realidad, por la propia lógica de las limitaciones humanas en el terreno del conocimiento, como sucedáneos del modelo ideal. La pretensión de superar su papel sucedáneo para aproximarse al modelo ideal atribuye muchas veces a sus análisis una relevancia necesariamente deformada en relación al auténtico peso específico que les corresponde.

En este punto puede, por consiguiente, decirse que la mayor ambición que se le supone a esta versión de la teoría del derecho suele ir en detrimento del rigor de los análisis teóricos y de los resultados que a través de ellos se alcanzan. Y en el peor de los casos, cuando no se es adecuadamente consciente de las limitaciones que el propio analista tiene en orden al tratamiento de su disciplina, puede conducir a una visión deformada y estéril de la realidad que supone la complejidad del fenómeno jurídico.

Puestos así en la disyuntiva de optar por una de las referidas versiones de la teoría del derecho propenderíamos a descartar a esta última en lo que a la puesta en práctica de la misma concierne. Y ello no tanto por una hipotética falta de sentido de los objetivos que con ella se persiguen, sino, sobre todo, por las limitaciones que se le suponen al analista del derecho en orden a la posibilidad real de disponer del bagaje de conocimientos suficiente para alcanzar el resultado perseguido. No es que no tenga sentido un saber jurídico que pretenda captar la globalidad del fenómeno jurídico desde una perspectiva superadora de las limitaciones de los saberes jurídicos tradicionales.

Lo que ocurre es que es muy difícil que esa captación global se pueda conseguir en el marco de una única disciplina. De hecho, la tradicional división disciplinar del conocimiento del derecho, aún proporcionando visiones necesariamente parciales del fenómeno jurídico, tiene su razón de ser en las limitaciones que, desde el punto de vista del saber general, resultan inherentes a la profundización en el cultivo y dedicación de una determinada perspectiva jurídica.

Pero que la teoría del derecho en su versión multidisciplinar pueda quedar en entredicho desde el punto de vista de su puesta en práctica no puede en absoluto mermar su valor como modelo ideal con vistas a proporcionar la visión más completa y fructífera del funcionamiento del fenómeno jurídico. Ello nos debe hacer conscientes de las limitaciones que encuentra en nuestros días la formación de los juristas, motivándonos a emprender una teoría del derecho que si no puede ser multidisciplinar, sí pueda cuando menos considerarse como una teoría del derecho de vocación multidisciplinar. La apertura a los conocimientos que proporcionan otras

disciplinas no estrictamente jurídicas en orden a la mejor estructuración de la formación de los juristas constituye aún un espejismo que está muy lejos de convertirse en realidad. La inviabilidad práctica de la teoría del derecho en su versión como teoría general del derecho en el sentido más auténtico de la expresión se muestra en este punto en toda su intensidad. Pero en tanto no sea factible su realización, la cerrazón a la consideración de las potencialidades que este modelo de conocimiento ofrece no haría sino agudizar los problemas de una enseñanza del derecho incapaz de dar cuenta de las diferentes dimensiones del fenómeno que constituye su objeto de análisis.

V. CONCLUSIÓN

La consideración de las limitaciones del estudioso del derecho en orden a la estructuración del modelo más fructífero de teoría del derecho resultaría también extensible, en cierta medida, a la opción entre las otras dos versiones de la teoría del derecho. Lógicamente la dedicación en exclusiva a la teoría general del derecho permitiría una mayor especialización del teórico que la que podría llegar a alcanzar asumiendo a la teoría formal del derecho como un apartado temático más de la filosofía jurídica. Cabría, no obstante, decir en sentido inverso que, en la medida en que la teoría del derecho se propone obtener una consideración abstracta y global del fenómeno jurídico, ésta podría alcanzarse en mayor medida con la ayuda de un panorama contextual de los problemas que abarcase también la contemplación de la dimensión axiológica del derecho y la teoría de la ciencia jurídica. Pero éstas habrían de tener, en este sentido, el carácter adjetivo que se le supone a todo saber auxiliar del área de conocimiento que se cultiva. En este punto podríamos aplicar también la regla de a mayor especialidad y precisión de los resultados menor extensión de los problemas a tratar, y viceversa.

Parece claro, en cualquier caso, que la tradición académica ha mostrado suficientemente la adecuación de un tratamiento general comprensivo de la filosofía jurídica que avalase la opción más ambiciosa por identificar a la teoría del derecho como una filosofía jurídica peculiar de un determinado período histórico, que, como tal filosofía jurídica, tendría a la teoría general del derecho como uno de los apartados temáticos fundamentales. Todo ello sin desdoro de la función que en este punto corresponde también a la filosofía del derecho con vistas a la identificación del modelo multidisciplinar como modelo ideal de teoría del derecho, y a la puesta en práctica en la medida de lo posible del referido modelo ideal. Éste y no otro habrá de ser el programa a seguir por una teoría del derecho integral que no pierda de vista su vocación multidisciplinar.