

NOTAS SOBRE LA TEORÍA DEL DERECHO.

¿Una meditación tardía?

Alberto MONTORO BALLESTEROS

Universidad de Murcia (España).

RESUMEN

El autor trata de hacer balance, treinta años después, de lo que ha significado en el panorama del pensamiento jurídico la aparición de la Teoría del Derecho (*Legal Theory*, *Rechtstheorie*).

El autor estudia los supuestos y razones del nacimiento de la Teoría del Derecho, como intento de superación de las limitaciones e insuficiencias del iusnaturalismo, del iuspositivismo y de su Teoría General del Derecho, así como de la Filosofía del Derecho postpositivista.

Tras analizar el programa de la Teoría del Derecho en sus direcciones anglosajona (*Legal Theory*) y alemana (*Rechtstheorie*), el autor hace un juicio de sus resultados (aportaciones e insuficiencias), postulando la posibilidad y necesidad de una Teoría Fundamental del Derecho que se configuraría como una ontología jurídica integral (material y formal al mismo tiempo).

SUMMARY

The author tries to make a balance, thirty years later, of what the appearance of Legal Theory has meant in the panorama of legal thinking.

The suppositions and reasons for the birth of Legal Theory are studied with the aim of overcoming the limitations and inadequacies of iusnaturalism, iuspositivism and of its General Theory of Law as well as postpositive Legal Philosophy.

After analysing the programme of Legal Theory in its Anglosaxon and German currents, the author expresses an opinion about its results (contributions and failures) putting forward the possibility and necessity for a fundamental Legal Theory which would be configured as an integral legal ontology (both material and formal at the same time).

I. EL PROGRAMA DE LA TEORÍA DEL DERECHO

Hace aproximadamente unos treinta años irrumpió en el horizonte del pensamiento jurídico la idea de llevar a cabo una renovación a fondo de los estudios filosófico-jurídicos, con el fin de dotarlos de mayor rigor científico y, al mismo tiempo, potenciar su utilidad para la praxis jurídica. A dicho propósito no era ajeno el "descrédito", la falta de interés, de que aparecían rodeadas las viejas denomina-

ciones Derecho natural y Filosofía del Derecho, en un contexto “intelectual” en el que se llega a hablar, incluso, de la “muerte de la filosofía”.¹

La nueva idea hizo su aparición bajo el nombre de Teoría del Derecho —título que en modo alguno era nuevo²— y se presentó animada con la intención de superar los planteamientos y las limitaciones de la Filosofía del Derecho, tanto positivista como no positivista. Se pensaba que, mientras la Teoría general del Derecho (*Allgemeine Rechtslehre*) —propia del pensamiento positivista del siglo XIX— y el iusnaturalismo y la Filosofía del Derecho postpositivista habían agotado ya toda su virtualidad, correspondía a la Teoría del Derecho (*Rechtstheorie, Legal Theory*) colocar la reflexión filosófico-jurídica a la altura requerida por el desarrollo del pensamiento científico y las exigencias de la sociedad en el último tercio del siglo XX. La Teoría del Derecho pretendió así desarrollarse en conexión directa con una Teoría de la sociedad,³ aspirando a alcanzar el máximo grado de objetividad posible en sus conocimientos. Ese deseo —casi prejuicio— de objetividad se hizo patente en su primordial preocupación por el estudio y exacto conocimiento y formulación de las estructuras formales del Derecho y del pensamiento jurídico (de acuerdo con las máximas y principios de la moderna Teoría de la Ciencia), y en su inicial reserva frente a cualquier cuestión o problema de tipo valorativo.⁴ En este sentido la Teoría del Derecho emerge con la idea de dejar en manos de la Filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophie*) el planteamiento y estudio de los problemas relativos al fundamento último de la validez de las normas jurídicas, a su reconocimiento y a la obediencia a las mismas.⁵ En esta línea de pensamiento entiende A. Kaufmann —esbozando un ensayo de distinción entre Teoría del Derecho (*Rechtstheorie*) y Filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophie*)— que mientras la Teoría del Derecho se ocupa más de la dimensión formal y estructural del Derecho, la Filosofía del Derecho, en sentido estricto, se interesa, ante todo, por el problema del contenido material (axiológico o valorativo) del Derecho.⁶

1. Véase LEGAZ LACAMBRA, L., “Problemas de la actual Filosofía del Derecho” en *La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 15, Facultad de Derecho, Universidad de Granada, Granada, 1975, p. 122.; DELGADO PINTO, J., “Los problemas de la Filosofía del Derecho en la actualidad”, *ibid.*, pp. 28, 29 y 37.

2. Bajo dicha denominación se publicó ya, en 1942, la traducción española de la conocida obra de E. Bodenheimer, *Jurisprudence*, (1940), dicha traducción, obra de V. Herrero, fue publicada por el Fondo de Cultura Económica.

3. MAYER-MALY, TH., *Rechtswissenschaft*, 5ª Aufl., R. Oldenbourg Verlag, München, Wien, 1991, pp. 157 y ss.

4. OLLERO, A. *Derecho y Sociedad. (Dos reflexiones en torno a la Filosofía jurídica alemana actual)*, Ed. Nacional, Madrid, 1973, pp. 42 y ss.; CARPINTERO, F. “Dos horas de Teoría del Derecho” en *Persona y Derecho (Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de Derechos humanos)*, vol. 32, Servicio de Publicaciones, Universidad de Navarra, 1995, pp. 16 a 18, 66 y ss.

5. MAYER-MALY, Th. *op. cit.*, pp. 7 y 156.

6. KAUFMANN, A. *Grundprobleme der Rechtsphilosophie. (Eine Einführung in das rechtsphilosophischen Denken)*, C.H. Beck Verlagsbuchhandlung, München, 1994, p. 14; “Filosofía del Derecho. Teoría del Derecho. Dogmática jurídica”, trad. esp. de G. Robles Morchón, en el vol. *El Pensamiento jurídico contemporáneo*, (ed. a cargo de A. KAUFMANN y W. HASSEMER), ed. Debate,

Con todo —y no obstante el planteamiento de A. Kaufmann—, las cosas no están tan claras como en un principio pudieran parecer. La línea divisoria entre Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho es poco nítida. Junto a las diferencias apuntadas existen puntos de coincidencias, pues, en algunos planteamientos y desarrollos del programa de la Teoría del Derecho, ésta no se limita al estudio formal del Derecho vigente (del Derecho que “es”) sino que se preocupa también —coincidiendo en ello con la Filosofía del Derecho— por el problema del Derecho correcto o del Derecho justo (*das richtige Recht*); esto es, del Derecho que “debería ser”.⁷ Ello supone que, en cierto sentido al menos, la Teoría del Derecho no tiende tanto a desplazar, a sustituir, a la Filosofía del Derecho como a complementarla.⁸ La Teoría del Derecho, como ha indicado G. Robles, parece apuntar así a una síntesis integradora entre la investigación lógico-formal (propia de la Teoría General del Derecho) y la ético-material (típica de la Filosofía del Derecho), asumiendo e integrando como propios, algunos de los temas tradicionales de la Filosofía del Derecho.⁹ Ello se pone de manifiesto no sólo en su preocupación por el problema del Derecho justo sino también en la atención dispensada a la filosofía práctica (vuelve a hablarse de la necesidad de rehabilitar o recuperar dicha filosofía), la cual lleva, en última instancia, a afrontar las cuestiones relativas al conocimiento, valoración y decisión justa de los problemas jurídicos.

¿Cuáles fueron los supuestos y las razones del nacimiento de la Teoría del Derecho? ¿Cuáles han sido sus resultados?

II. SUPUESTOS Y RAZONES DE SU NACIMIENTO

La aparición de la Teoría del Derecho obedece a múltiples condicionamientos y exigencias. Entre ellos cabe destacar:

a) La necesidad de *superar la antinomia iusnaturalismo-iuspositivismo* y, con ello, las insuficiencias y limitaciones tanto del formalismo de la Teoría General del Derecho positivista, como de los planteamientos ético-materiales del iusnaturalismo y de la Filosofía del Derecho postpositivista (Filosofía del Derecho neokantiana, neohegeliana, fenomenología, existencial, ... etc.). A dichas direcciones y desarro-

Madrid, 1992, p. 36.; DREIER, R. “Concepto y función de la Teoría general del Derecho”, trad. esp. de G. Robles Morchón, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 52, Madrid, 1978, p. 117; OLLERO, A. *op. cit.*, pp. 43 y 44.

7. KAUFMANN, A. *Grundprobleme...* cit. p. 14.

8. De ahí el sugerente título del artículo de M. RODRÍGUEZ MOLINERO, “Teoría de Derecho como complemento o en sustitución de la Filosofía del Derecho” en *Anuario de Derechos Humanos*, nº 4 (Homenaje a J. Ruiz-Giménez) Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1986-87, pp. 339 a 357.

9. Véase al respecto G. ROBLES MORCHÓN, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1988, pp. 16, 17, 151 y ss.

llos del pensamiento filosófico jurídico se les imputa escasa utilidad para la praxis jurídica.¹⁰

b) El impacto de la moderna *Teoría de la ciencia* y del proceso de *especialización y emancipación* de determinadas ciencias, (psicología, lógica, antropología, sociología, etc.) del claustro materno de la filosofía. Dicho proceso ha encontrado el correspondiente reflejo en el ámbito de la Filosofía del Derecho, en donde determinados temas tradicionales de misma (Teoría del conocimiento jurídico, lógica jurídica, metodología jurídica y otros) tienden a desgajarse del tronco común y a constituirse en disciplinas autónomas. Con ello la Filosofía del Derecho comenzaría a configurarse como una “disciplina residual” (*Residual Disziplin*).¹¹

c) El efecto catalizador de *nuevas corrientes de la filosofía y del pensamiento social* en general, entre las cabe destacar: la filosofía analítica, el positivismo lógico, la semiótica, la filosofía del lenguaje, la hermenéutica filosófica, la filosofía de la ciencia, el marxismo y el neomarxismo, la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt, la teoría de los sistemas, etc. Dichas corrientes de pensamiento han encontrado su correspondiente eco en el ámbito de la reflexión filosófico jurídica.¹²

d) El deseo de hacer de los estudios filosófico-jurídicos un *saber útil para la praxis jurídica*. Ello exigía poner al jurista en contacto (hacer que tome conciencia) con la problemática social de nuestro tiempo, así como con los problemas técnico-jurídicos con los que ha de enfrentarse a diario en su trabajo. En este sentido la Teoría del Derecho tiende a liberarse de los supuestos y planteamientos propios de la Filosofía del Derecho clásica para configurarse y ser sólo una Filosofía jurídica hecha por juristas y para juristas.¹³

No es ajena a esa demanda de utilidad práctica la idea de hacer de la Teoría del Derecho una vía de aproximación, diálogo y posible entendimiento entre el pensamiento jurídico marxista y no marxista, toda vez que aquel prefiere hablar de Teoría del Derecho en vez de hacerlo de Filosofía del Derecho.¹⁴

10. DELGADO PINTO, J., *op. cit.*, pp. 33 y 34.; ROBLES MORCHÓN, G. *op. cit.*, pp. 11, 17, 148, 149, 151 y ss., 155, 156 y ss.; RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *op. cit.*, pp. 340 y ss. Se trata, en definitiva, de la “eterna queja” —en el fondo carente de razón— de que la Filosofía del Derecho (iusnaturalista o positivista) no sirve para nada; como si no fuese ya poco introducir cierta claridad de ideas, orden y rigor en la mente del jurista, así como despertar su conciencia y sentido crítico en relación con los problemas jurídicos. Sobre la utilidad de la Filosofía del Derecho, véase DELGADO PINTO, J. *op. cit.*, pp. 41 y 42.

11. KAUFMANN, A., *Grundprobleme...* cit., p. 14; “Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Dogmática jurídica”, cit. pp. 35 y ss.; DELGADO PINTO, J., *op. cit.*, pp. 37 y 38.

12. Véanse al respecto los capítulos 5, 6, 8, 9 y 10 del libro editado por A. Kaufmann y W. Hassemmer, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, cit.; Véase también DELGADO PINTO, J., *op. cit.*, pp. 34, 35 y 37; RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *op. cit.*, pp. 341 y 342.

13. KAUFMANN, A., *Grundprobleme...* cit., p. 14; RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *op. cit.*, pp. 340 y ss.; ROBLES MORCHÓN, G., *op. cit.*, pp. 11, 12, 16, 148, 149, 153 a 155, 156y ss.

14. MAYER. MALY, Th., *op. cit.*, p. 157; DREIER, R., *op. cit.*, p. 118; RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *op. cit.*, pp. 342.

III. PROGRAMAS Y RESULTADOS DE LA TEORÍA DEL DERECHO

Al hablar de la actual Teoría del Derecho hay que distinguir dos direcciones o líneas fundamentales de su desarrollo: la anglosajona o *Legal Theory* (muy influida por la filosofía analítica), y la que se desenvuelve en el ámbito de influencia germánico, bajo la denominación de *Rechtstheorie*.

1. La Teoría analítica del Derecho o “Legal Theory”

En el mundo anglosajón el programa de la Teoría del Derecho aparece bajo las denominaciones de *Legal Theory* y, también, de *Theory of Law*. Dichas denominaciones tienden a desplazar, de modo progresivo, a los nombres tradicionales de *Jurisprudence* y de *Philosophy of Law*,¹⁵ si bien, en el fondo, en el pensamiento jurídico anglosajón no se ha operado ningún tipo de ruptura, ni cambio de dirección, sino un progresivo desarrollo y replanteamiento, a la altura de nuestro tiempo, del clásico positivismo jurídico inglés (Hobbes, Hume, Bentham, Austin...), de cuyo legado no se desprende. Bajo la influencia de la filosofía analítica y del positivismo lógico la atención se centra ahora en el análisis del lenguaje jurídico, ya que el lenguaje es la única materia o sustancia identificable y operable, mediante la cual toma forma y se hace patente esa compleja realidad psico-sociológica en la que, en el fondo, consiste el Derecho.¹⁶ La teoría analítica del Derecho estudia los enunciados lingüístico-conceptuales, prescindiendo de los enunciados empíricos o sociológicos (pertenecientes al mundo del “ser”), y de los enunciados normativos (relativos al mundo del “debe ser”). A partir del estudio de los enunciados lingüístico-conceptuales la Teoría analítica del Derecho pretende fijar y explicar la estructura del Derecho y la significación de los conceptos jurídicos fundamentales (noción de Derecho, idea de norma entendida como regla, significado de la coacción, etc.). Su meta es alcanzar enunciados evidentes, estrictamente comprensibles, acerca del Derecho, de su estructura y de su funcionamiento. Su tarea es puramente “descriptiva” y “no valorativa” del fenómeno jurídico.¹⁷ En este sentido la Teoría analítica entiende el Derecho como un sistema de reglas de conducta de carácter socio-empírico que funciona en un determinado grupo social, y cuya validez es independiente de toda valoración ética o moral.¹⁸

La no consideración de los enunciados normativos (“debe ser”) implica, de acuerdo con los postulados epistemológicos y metodológicos del positivismo, la

15. ROBLES MORCHÓN, G., *op. cit.*, pp. 155 y 156.

16. Vid., CARPINTERO, F., *op. cit.*, pp. 25, 26, 29 y 40.

17. Vid., *ibid.*, pp. 16, 17, 66 y 67.

18. Vid., MAZUREK, P., “Teoría analítica del Derecho”, en el vol. *El pensamiento jurídico contemporáneo* (ed. de A. KAUFMANN y W. HASSEMER), cit., pp. 277 a 281; KAUFMANN, A., “Panorámica histórica de los problemas de la Filosofía del Derecho” en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, cit., p. 127; KOLLER, P., *Theorie des Rechts (Eine Einführung)*, Böhlau Verlag, Wien, Köln, Weimar, Wien, 1992, pp. 10, 127, 154 y 166.

separación entre Derecho y Moral, lo cual no supone necesariamente desconocer las relaciones y la recíproca influencia que de hecho existe entre ambos sistemas de normas de conducta. De todos modos la tesis de la separación entre Derecho y Moral pierde su radicalidad en el pensamiento de determinados autores, entre los que destaca H.L.A. Hart. Para Hart el Derecho debe asumir como propios unos contenidos mínimos de eticidad, de moralidad o justicia. Piensa Hart que “hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable”. Dichas reglas de conducta constituyen lo que Hart denomina *el contenido mínimo del Derecho natural*: esto es, “principios de conducta universalmente reconocidos, que tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural y a sus propósitos (... y sin los cuales), las normas jurídicas y la Moral no podrían llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen, al asociarse entre sí”.¹⁹

2. La dirección alemana de la “Rechtstheorie”

En el ámbito del pensamiento jurídico germánico ha hecho fortuna la expresión “*Rechtstheorie*”, que tiende a desplazar las denominaciones tradicionales de Teoría general del Derecho (*Allgemeine Rechtslehre*) y de Filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophie*),²⁰ destacándose en el plano de las publicaciones periódicas la revista *Rechtstheorie* (fundada por K. Englich, H.L.A. Hart, H. Kelsen, U. Klug y Sir K. R. Popper), que viene publicándose desde el año 1970.

Como ya hemos indicado la *Rechtstheorie* o *Teoría del Derecho*, no tiene tanto a desplazar y suplantar a la Filosofía del Derecho y a la Teoría general del Derecho, como a superar las limitaciones e insuficiencias de estas disciplinas en sus planteamientos y desarrollos precedentes, conciliando e integrando, desde nuevas perspectivas, el estudio de la dimensión lógico-formal (estructura y formas) del Derecho, con la consideración de los contenidos de carácter ético y social del mismo, en cuanto orden normativo de vida social.

El resultado de los diferentes intentos de concreción y desarrollo de los programas de la Teoría del Derecho es muy heterogéneo y confuso.²¹ Como hemos visto no existe una clara línea de diferenciación entre Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho, y dentro de la temática de la que se ha venido ocupando la Teoría del Derecho no se acierta a ver el hilo conductor o criterio sistemático que lo articule o vertebre, dotándola de unidad y coherencia científica. El contenido de la

19. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, trad. esp. de G. R. Carrió, 2ª ed. (reimpresión), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 238 y 239. Véanse las pp. 239 y ss. Véase también MAZUREK, P., *op. cit.*, pp. 282 y ss.; KOLLER, P., *op. cit.*, pp. 127, 129 y 154.

20. ROBLES MORCHÓN, G., *op. cit.*, p. 156.

21. KAUFMANN, A., *Grundprobleme...*, *cit.*, pp. 14 y 15; “Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Dogmática jurídica”, *cit.* pp. 34 y 36; MAYER-MALY, TH., *op. cit.*, p. 157; DREIER, R., *op. cit.*, pp. 113 y 114; RODRÍGUEZ MOLINERO, *op. cit.*, pp. 11, 14, 15 y 18; CARPINTERO, F. *op. cit.*, pp. 11, 12, 25 y 39.

Teoría del Derecho se ha convertido en un auténtico “cajón de sastre”, del cual constituye ya una revelación el subtítulo de la mencionada revista *Rechtstheorie*. Dicho subtítulo reza así: *Revista de Lógica, Metodología, Cibernética y Sociología del Derecho*.

La complejidad y heterogeneidad de la Teoría del Derecho la pone de relieve A. Kaufmann cuando indica que constituyen temas propios de la misma: la teoría de las normas, la teoría pura del Derecho, la teoría de la decisión, la teoría económica del Derecho, la *Systemtheorie* o teoría de los sistemas, la teoría analítica del Derecho, la teoría marxista del Derecho, la teoría del lenguaje jurídico, la teoría de la argumentación, la teoría de la legislación, la teoría de la semántica del Derecho y la retórica jurídica.²² Otro tanto cabe decir de las exposiciones que, sobre dicha materia, hacen, entre otros, K. Larenz,²³ Th. Mayer-Maly,²⁴ R. Dreier²⁵ y M. Rodríguez Molinero.²⁶

En su manual de *Teoría del Derecho*, P. Koller, tras referirse al objeto de dicha disciplina,²⁷ estudia la siguiente temática: 1º. Concepto y funciones del Derecho; 2º. Estructura y dinámica del Derecho (estructura y clases de normas jurídicas, génesis y manifestación de las normas jurídicas); 3º. Teoría del Derecho (doctrina de Austin, Kelsen, Hart y Dworkin); 4º. Aplicación del Derecho y argumentación jurídica, y 5. Derecho, Moral y Justicia.

Por su parte K. Adomeit entiende por Teoría jurídica aquel saber que tiene por objeto “el resultado de la labor del dogmático” del Derecho (la Teoría del Derecho empieza donde acaba la Dogmática jurídica, que “no se ocupa, en verdad, de normas sino de cuestiones jurídicas”). En este sentido la Teoría jurídica sí que tiene que ver, según Adomeit, con las normas jurídicas; esto es, con las “afirmaciones generales sobre el Derecho (reglas jurídicas)”.²⁸ Adomeit articula la temática de su Teoría del Derecho en tres grandes bloques: 1. Conceptos fundamentales de Teoría de la Ciencia; 2. Lógica normativa (teoría de las normas, del razonamiento jurídico y de la aplicación de las normas, y 3. Politología jurídica.

En el mundo anglosajón encontramos también esa conexión entre lo jurídico y lo político en la obra, por ejemplo, de Ph. Soper. Desde los supuestos de la Teoría analítica del Derecho Ph. Soper postula una Teoría del Derecho directamente vinculada a la Teoría Política. Entiende dicho autor que no pueden comprenderse ni explicarse temas como el concepto de Derecho y la obligación de obedecer al mismo sin tener en cuenta las nociones de política y de obligación política, con las

22. KAUFMANN, A., *Grundprobleme...*, cit., pp. 14 y ss.

23. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp. de M. Rodríguez Molinero, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, pp. 180 y ss.

24. *Op. cit.*, pp. 157 y ss.

25. *Op. cit.*, pp. 132 a 136.

26. En especial las páginas dedicadas a los trabajos de A. Podlech, *op. cit.*, pp. 345 a 349.

27. *Theorie des Rechts*, cit., p. 9.

28. *Rechtstheorie für Studenten*, 3ª Aufl., (UTB) C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1990. Se cita la trad. esp. de la 2ª ed. de E. BACIGALUPO, *Introducción a la Teoría del Derecho (Lógica normativa, Teoría del método, Politología jurídica)*, ed. Cívitas, Madrid, 1984, p. 45.

cuales están directamente unidos.²⁹ En segundo lugar piensa Soper que la Teoría del Derecho ha de tener una dimensión eminentemente práctica, capaz de interesar tanto al jurista como al que no lo es. Para Soper la Teoría del Derecho que se ocupa de cuestiones abstractas, metafísicas (concepto de Derecho, naturaleza del Derecho, etc) es algo que ya ha “muerto”, que se ha planteado y desenvuelto en una dirección equivocada, y que a nadie (ni al jurista ni al hombre de la calle) le interesa.³⁰

La obra de J. Finch, *Introducción to Legal Theory*, tiene también una temática plural y heterogénea. Entiende la Teoría del Derecho como aquella parte de la Ciencia del Derecho que tiene por objeto el estudio de “los principales métodos usados para describir y analizar los elementos constitutivos, esenciales, del fenómeno del Derecho”,³¹ analiza Finch, en dicho libro, entre otros, los siguientes temas: Ciencia del Derecho y Teoría del Derecho; Derecho natural y positivismo jurídico; Bentham y Austin; el Derecho como sistema de normas; Kelsen; Derecho, fuerza y autoridad; las predicciones y la posición central de los tribunales; la teoría jurídica soviética.

En el ámbito de la Filosofía jurídica española —y aunque recientemente (al calor de la reforma de los planes de estudio de las Facultades de Derecho) se han publicado diversas obras con el título de Teoría del Derecho— merece citarse el temprano y meditado trabajo de G. Robles Morchón, quien, partiendo de la idea de que el Derecho consiste en algo que el hombre construye mediante palabras,³² esboza todo un programa de Teoría del Derecho, entendida como saber filosófico cuyo objeto fundamental está constituido por el análisis del lenguaje de los juristas.³³ Desde estos supuestos entiende que la materia objeto de la Teoría del Derecho estaría integrada por los siguientes temas: la teoría de la estructura formal del Derecho, la teoría de la Dogmática jurídica y la teoría de la decisión jurídica.³⁴

IV. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Respecto de los diferentes programas y ensayos de desarrollo y concreción de la Teoría del Derecho cabe hacer, entre otras, las siguientes observaciones:

29. SOPER, Th., *Una Teoría del Derecho*, trad. esp. de R. Caracciolo y S. Vera, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, en especial las pp. 9, 24 y ss., 31, 39 y ss., 99 y ss., 145 a 156.

30. *Ibid.*, pp. 13, 14, 15, 19, 21, 29 y 30.

31. *Introducción a la Teoría del Derecho*, trad. esp. de F. Laporta San Miguel, Ed. Lábor, Barcelona, 1977, p. 11, *vid.* pp. 11 y ss.

32. *Introducción a la Teoría del Derecho*, *cit.*, p. 149.

33. *Ibid.*, pp. 11 y ss., 17, 148, 149, 151 y ss., 155, 156 y ss.

34. *Ibid.*, pp. 161 a 169. En la mencionada línea de pensamiento G. ROBLES ha publicado *Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*, vol. I, Ed. Civitas, Madrid, 1998; *El Derecho como texto. (Cuatro estudios de Teoría comunicacional del Derecho)*, Cuadernos Civitas, Ed. Civitas, Madrid, 1998.

1. La Teoría del Derecho carece de una clara y precisa fijación y delimitación de su *objeto* (tanto en su aspecto material como en su aspecto formal), lo cual parece una exigencia precisa y necesaria para la articulación y desarrollo de cualquier saber científico.

2. Dentro de la heterogénea y compleja temática asignada a la Teoría del Derecho tampoco parece existir un claro indicio de *sistema*.³⁵ El sistema, resultado de una auténtica labor de análisis, síntesis y construcción, es lo que permite a toda verdadera ciencia conciliar y ensamblar las verdades parciales (que pueden tener muy diversa procedencia) en un conjunto bien trabado y coherente, en donde cada elemento cobra su auténtico sentido y valor en virtud de su conexión con los otros elementos o partes del sistema.

3. La insuficiencia para la reflexión filosófica de los planteamientos que, pretendiendo elaborar una Teoría del Derecho como Teoría del Derecho positivo [esto es, una Teoría del Derecho que “es” —rigurosamente no valorativa— frente al Derecho que “debe ser”], ciñen su tarea al estudio del lenguaje jurídico, haciendo del mismo, no un trabajo previo —penúltimo, si se quiere—, para posibilitar el mejor acceso al descubrimiento y a la contemplación de la verdad, sino la finalidad última, definitiva, de la reflexión filosófica. El lenguaje, la palabra, es el medio de expresión de la idea pero no se identifica con ella; no es la idea misma, que es lo que importa a la Filosofía. Prueba de ello es que una determinada idea puede expresarse (tanto en una misma lengua como, por supuesto, en lenguas diferentes) mediante palabras distintas. Por ello tiene sentido analizar y depurar el lenguaje, para dotarlo de un mayor grado de transparencia que permita ver con nitidez, con claridad, la idea, la realidad, que palpita (y a veces se oculta) detrás de cada palabra. Lo que no tiene ya mucho sentido es estudiar y pulir el cristal del lenguaje para luego no mirar lo que hay detrás de él, y olvidarnos de las ideas, de las realidades que las palabras significan. En este sentido recordaba R. Fernández-Carvajal que siempre es bueno depurar el lenguaje antes de toda discusión filosófica, planteando la cuestión “*quid nominis*”, antes de afrontar la cuestión “*quid rei*”. Lo que no parece lógico es detenerse definitivamente en la superficie del análisis del lenguaje sin arrostrar, en último término, el problema de la realidad denotada por las palabras.³⁶ Ello viene a ser algo tan aberrante como si el cirujano limitase su función a limpiar y desinfectar el instrumental quirúrgico olvidándose del enfermo que, mientras tanto, muere en el más absoluto desamparo. Por ello decía R. Fernández-Carvajal: “...la fijación obsesiva de la filosofía en el lenguaje, que no en la realidad, es uno de los más graves indicios de muerte espiritual. El filósofo, o pseudo filósofo, detiene la mirada en las rugosidades y motas de polvo del cristal de la ventana y se priva de admirar a través de ella la profundidad del paisaje”.³⁷

35. Un atisbo de intento de ordenación sistemática puede verse en R. DREIER, *op. cit.*, pp. 124-128.

36. Vid., R. FERNÁNDEZ-CARVAJAL, “Prólogo” al libro de MONTORO BALLESTEROS, A., *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia, Murcia, 1983, pp. 10-12.

37. *Ibid.*, p. 12.

4. En relación con los planteamientos de la Teoría jurídica que, junto al estudio formal del Derecho, vuelven a afrontar la problemática ético-material del mismo, cabe observar que en dichas propuestas no parece irse mucho más allá de una mera aproximación, de una yuxtaposición, si se quiere, de ambos temas. Dicho de otra forma: No parece que los citados planteamientos traten de penetrar y poner de relieve, en una investigación auténticamente ontológica, la interconexión, la imbricación existente entre las dimensiones material y formal del Derecho.

Ante este estado de cosas la superación de las citadas limitaciones y el encuentro de las claves, del método adecuado, para acceder al conocimiento del Derecho en su plenitud ontológica parece que debe ser tarea de la *Teoría fundamental del Derecho*. Una Teoría fundamental del Derecho entendida como tema de la Filosofía del Derecho que tiene por objeto la investigación del concepto, de la estructura y de las formas esenciales del Derecho. Se trata de una investigación que —como hemos expuesto con mayor amplitud en otro lugar—³⁸ pretende desvelar la estructura y las formas lógicas sustanciales del Derecho, buscando el fundamento último, radical, de las mismas en los condicionamientos y exigencias del contenido ético-material propio de todo Derecho.³⁹ De este modo dicha indagación pone de relieve la interconexión e integración existentes entre la materia y la estructura y las formas lógicas del Derecho, elucidando cómo, en último término, la estructura y las formas sustanciales del Derecho constituyen exigencias de la justicia y de la seguridad jurídica en cuanto fines del mismo, que encuentran en dichos fines el fundamento ontológico, radical y último de su existencia.

Desde estos supuestos la Teoría fundamental del Derecho no se limitará a ofrecernos solamente una explicación racional de la conexión existente entre el contenido ético-material del Derecho y su estructura y formas lógicas, sino que también nos dará —al mismo tiempo— una clara y precisa delimitación de su objeto, así como una visión rigurosamente trabada y coherente de sus temas fundamentales.

38. Véase mi artículo “Significado y función de la Teoría fundamental del Derecho” en *La Filosofía del Derecho en España*, cit., en especial las pp. 239 a 246.

39. En relación con esta problemática véase J. DELGADO PINTO, *op. cit.*, pp. 33 y 34.