
ALBERTO MONTORO BALLESTEROS
(Murcia)

Significado y función de la teoría fundamental del Derecho

I. LA INVESTIGACIÓN LÓGICO-FORMAL DEL DERECHO COMO TAREA FILOSÓFICO-JURÍDICA: SU SIGNIFICACIÓN EN ORDEN AL CONOCIMIENTO DEL DERECHO

Dentro de la compleja temática que constituye el objeto de la Filosofía del Derecho, la investigación lógico-formal del mismo —esto es, el estudio del concepto del derecho y de las estructuras y formas fundamentales de lo jurídico, del que hasta ahora se ha venido encargando la denominada Teoría General del Derecho— ocupa un lugar destacado en el horizonte de las preocupaciones del pensamiento jurídico contemporáneo.

John Austin subrayó ya, en la primera mitad del siglo XIX, el interés de la investigación del concepto del derecho y de sus categorías lógicas fundamentales con cuyo concurso se puede distinguir, ordenar y aprehender la materia jurídica, permitiendo un mejor conocimiento y manejo del derecho (1).

(1) "Haré constar, en primer término —dice Austin—, que un estudio fundamental de los principios que constituyen el objeto de dicha ciencia (Jurisprudencia), es un preparativo muy conveniente para el estudio del derecho inglés. Al estudiante que comienza el estudio del derecho inglés sin ningún conocimiento previo del elemento racional en el derecho, considerando éste en general, aquél tiene que parecerle inevitablemente un conglomerado de normas arbitrarias e inconexas. Si se aproxima a él, en cambio, con un conocimiento profundo de los principios generales de la jurisprudencia y con el esquema de un sistema de derecho clara-

En nuestros días, Carnelutti —partiendo de la distinción entre *Introducción a las ciencias jurídicas* y *Teoría General del Derecho*— ha señalado que el estudio de esta última, en cuanto “aspira a ser una síntesis superior, cuando no suprema, de la ciencia jurídica y por ello una coordinación de todas sus ramas... necesita ser colocado al final de los estudios jurídicos mejor que al comienzo de los mismos” (2).

Estas posiciones, a nuestro modo de ver, no son excluyentes, sino que se complementan recíprocamente. Queremos decir con ello que el estudio del concepto del derecho y de sus estructuras y formas fundamentales es conveniente tanto al principio como al final de los estudios jurídicos. Al principio, porque aquellos conocimientos nos proporcionan el aparato lógico-conceptual esencial para comprender y explicar un orden jurídico cualquiera. La “Teoría General del Derecho —recuerda Bobbio— ofrece, a quien sepa valerse de ella, instrumentos conceptuales útiles para comprender tanto el derecho que está parado como el que se mueve, tanto el derecho pasado como el derecho futuro” (3).

mente impreso en la mente, podía obtener una concepción clara de él —como un sistema o totalidad orgánica— con relativa facilidad y rapidez... En una palabra, el estudio preliminar de los principios generales de la jurisprudencia y los hábitos mentales que este estudio tiende a engendrar, facultarán al estudiante para adquirir los principios de la jurisprudencia inglesa en particular, mucho más rápida y precisamente que hubiera podido hacerlo si hubiera comenzado su estudio sin aquella disciplina preparatoria». *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. esp. y estudio preliminar de Felipe González Vicén, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951, págs. 55 y 56. Véanse también las págs. 35 a 38 y 59 a 63.

(2) *Teoria generale del diritto*. 3.^a ed., Soc. Ed. «Foro Italiano», Roma, 1951, p. 1.

(3) *Studi per una Teoria generale del diritto*, Giappichelli-Editore, Torino, 1970, página 9.

Adolf Reinach había señalado ya a este respecto: «Junto a las matemáticas puras y a la ciencia natural pura, también hay una ciencia pura del derecho, compuesta —como esas— de proposiciones estrictamente apriorísticas y sintéticas y sirviendo de base para disciplinas no apriorísticas hasta para aquellas situadas fuera del contraste entre lo apriorístico y lo empírico... Así —añade— podemos esperar que la doctrina apriorística del derecho pueda dar también en ocasiones a la historia del derecho una contribución esclarecedora. Pero estimamos —dice— que es del todo indispensable para la inteligencia del derecho positivo como tal. Creer que este mismo produce todos los conceptos jurídicos, es situarse ante un enigma. La estructura del derecho positivo sólo puede hacerse inteligible por la estructura de la esfera metajurídico-positiva». *Los fundamentos apriorísticos del derecho civil*, trad. esp. de José Luis Alvarez, Librería Bosch, Barcelona, 1934, páginas 28, 29 y 30.

En análogo sentido, Kelsen, Hans: *Teoría general del derecho y del estado*, traducción esp. de Eduardo García Máynez, 3.^a ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1969, págs. V y VI.

Al final de los estudios jurídicos, porque la investigación lógico-formal del derecho constituye el supuesto en base al cual el jurista puede encontrar la conexión y correspondencia de los diferentes temas y ramas de la ciencia jurídica, descubriendo el sentido unitario del derecho y evitando el riesgo de la dispersión intelectual.

Por lo demás, el conocimiento de las estructuras y de los conceptos comunes a cualquier sistema normativo supone un apoyo metodológico inestimable en orden a la aplicación y crítica del Derecho positivo (4).

II. SIGNIFICADO Y FUNCIÓN DE LA TEORÍA DEL DERECHO

1) *Supuestos epistemológicos. Reducción de la Filosofía del Derecho a Teoría General del Derecho*

La investigación lógico-formal de la realidad jurídica que desarrolla la Teoría General del Derecho emerge definitivamente en el ámbito del pensamiento jurídico hacia la segunda mitad del siglo XIX, a raíz del triunfo del positivismo en los estudios jurídicos. Orientada a la investigación del concepto del derecho y de los conceptos jurídicos fundamentales del ordenamiento jurídico positivo, constituye una viva muestra de la aspiración del movimiento positivista de crear una ciencia universal: en el plano que nos ocupa, una ciencia universal del derecho (5).

(4) Cfr. SCHREIER, FRITZ: *Conceptos y formas fundamentales del derecho*. Esbozo de una teoría formal del derecho y del estado sobre base fenomenológica. Trad. esp. de Eduardo García Maynez, Ed. Losada, S. A., Buenos Aires, 1942, páginas 20, 21 y 49.

GARCÍA SAN MIGUEL, LUIS: *Notas para una crítica de la razón jurídica*, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1969, págs. 20, 21 y 49 y ss.; *Teoría del derecho y jurisprudencia*. Una aproximación metodológica, en «Revista de derecho español y americano», año X, Madrid, julio-septiembre 1965, págs. 2 y ss.

(5) Desde estos supuestos hay que comprender la pretensión de Merkel al propugnar el estudio de las relaciones existentes entre los datos particulares de la experiencia jurídica desde el punto de vista normativo, para reconducirlos a una unificación sistemática y para ofrecer así una visión unitaria, objetiva y cierta del mundo del derecho. Cfr. MERKEL, Adolf: *Ueber das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur «positiven» Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Theil derselben*, en «Zeitschrift für das Privat — und öffentliche Recht der Gegenwart». Band I, 1974, págs. 1 y ss.

«La teoría general del derecho o enciclopedia jurídica —dice Larenz al respecto— resulta así un producto típico de una mentalidad científica positivista tal cual en el último tercio del siglo XIX había penetrado... la ciencia jurídica». *La filosofía contemporánea del derecho y del estado*, trad. esp. de Eustaquio Galán y Gutiérrez y Antonio Truyol y Serra. Ed. Revisa de Derecho Privado, Madrid, 1942, págs. 39.

De acuerdo con los supuestos epistemológicos del positivismo, la filosofía constituía el grado de saber más elevado, dentro de un proceso intelectual de inducción y generalización que arranca de la observación y del análisis de la realidad sensible. Su misión consistía en abstraer —a partir de los datos, de las proposiciones a que las ciencias particulares reducen sus conocimientos acerca de la realidad, y a través de un proceso inductivo y generalizador— los elementos fundamentales de las proposiciones científicas y reducirlos a sistema, para dar así una visión sinóptica de los principios que están en la base de las ciencias particulares y que constituyen el fundamento de las mismas (6).

Desde estos supuestos —desde los cuales no tenía sentido la reflexión metafísica— la Filosofía del Derecho redujo su objeto al estudio lógico-formal del Derecho positivo, proponiéndose como misión —según una de sus direcciones más significativas (la específica de la *allgemeine Rechtslehre* alemana y la *analytical School* inglesa)— la búsqueda del concepto del derecho y de los conceptos jurídicos fundamentales; el descubrimiento y la reducción a sistema de aquellos conceptos que están en la base de la ciencia jurídica dogmática pero que ella no explica. Con ello, la Filosofía jurídica venía reducida a Teoría General del Derecho, la cual, para un amplio sector del positivismo, era la única Filosofía del Derecho legítima y posible.

El razonamiento mediante el cual se llegó a este resultado era muy simple y podría resumirse en los siguientes puntos:

Primero: Reducido el derecho al Derecho positivo —no existe el Derecho natural o por lo menos no es posible su conocimiento científico—

Bajo la influencia del positivismo jurídico, observa Radbruch, «no se investiga ya más en la realidad del derecho el valor jurídico, antes bien se declara anti-científica toda consideración valorativa del derecho y hay que limitarse conscientemente a la investigación empírica del mismo. El lugar de la *filosofía del derecho* lo ocupa la *teoría general del derecho*, el más alto edificio de la ciencia jurídica positiva, que tenía por tarea investigar los conceptos jurídicos más generales, comunes a las diversas disciplinas jurídicas, y tal vez, elevándose por encima de la ordenación jurídica nacional, exponer comparativamente los conceptos jurídicos semejantes de las distintas ordenaciones jurídicas, hasta que al fin, trascendiendo el dominio de lo jurídico, poder investigar sus relaciones con otros dominios de la cultura”. *Filosofía del derecho*, 3.^a edición. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, pág. 33.

Cfr. FROSINI, Vittorio: *Teoria generale del diritto*, en «Novissimo Digesto Italiano», Vol. XIX. Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1973, pág. 4.

(6) Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe: *El positivismo en la filosofía del derecho contemporánea* (primera parte), en «Revista de Estudios Políticos», Vol. XXXI, número 51, Madrid, 1950, págs. 36 y 37.

co—, la Filosofía del Derecho sólo puede ser, necesariamente, Filosofía del Derecho positivo (7).

Segundo: La filosofía, en cuanto grado supremo del conocimiento científico, sólo puede constituirse sobre un objeto que tenga carácter general y permanente, pero no sobre lo mudable y contingente. Para el positivismo el conocimiento científico sólo puede tener una significación general y abstracta, por proyectarse sobre un objeto que tiene esa misma propiedad; sobre lo particular y concreto no resulta posible el

(7) El origen de esta posición podría rastrearse hasta Gustavo Hugo, para quien la filosofía del derecho consistía en una elaboración conceptual y en una sistematización orgánica «de todo lo que puede ser considerado derecho dentro del estado». *Lehrbuch des Naturrechts*, Göttingen, 1798. Cfr. Vittorio Frosini, op. cit., pág. 6. En nuestros días Kelsen insistirá en la misma idea, configurando la teoría pura del derecho como una teoría general del derecho positivo que, por el rigor de su método y su carácter antiideológico, se constituye en auténtica ciencia jurídica. Para Kelsen resultan infructuosos todos los intentos de encontrar, por caminos racionales, una norma absolutamente válida de justicia. Cfr. su obra *Was ist Gerechtigkeit?* Ed. Franz Deuticke, Wien, 1953, en especial págs. 40 y ss.

Frente a la doctrina clásica del derecho natural, la cual, dice Kelsen, “no busca tanto conocer el derecho en vigor como justificarlo y transfigurarlo... la teoría pura (del derecho) desea combatir... (la ideología del derecho natural) exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo... Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la «teoría pura» una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia immanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y reemplazarla por otra». *Teoría pura del derecho*. Introducción a la ciencia del derecho, trad. esp. de Moisés Nilve, 10.^a ed. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires, 1971, págs. 63 y 64.

«La teoría pura (del derecho) —señala en otro lugar— en una teoría del derecho positivo en general y no de un derecho particular... Es una ciencia del derecho y no una política jurídica... La teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y del positivismo jurídico”. *Ibid.*, págs. 15 y 19.

«Mi finalidad ha sido desde el primer momento —declara en otro pasaje de su obra— elevar la teoría del derecho, que parecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba —dice— de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en la medida de lo posible hacia la objetividad y precisión, ideal de toda ciencia». *Ibid.*, pág. 9.

En idéntico sentido cfr. *Teoría general del derecho y del estado*, cit., págs. VI y ss., 6 y ss.

Cfr. FROSINI, Vittorio, op. cit., pág. 6.

conocimiento científico (8). La posibilidad de una ciencia de lo individual y concreto sólo aparecería suficientemente fundada, posteriormente, dentro del proceso de superación del positivismo, con las obras de Windelband y Rickert, por un lado, y de Dilthey, por otro.

Tercero: En el Derecho positivo lo único estable y permanente no es el contenido —que varía en el espacio y en el tiempo—, sino la forma. La jurisprudencia, decía Knapp, “recibe sumisamente su materia de una fuerza exterior y nuevamente la pierde por la acción de esa misma fuerza... (de modo que, lo permanente para ella, no es el contenido, sino) la corteza, esto es: la forma del derecho” (9).

(8) Recuérdense al respecto el sentido de la crítica de Kirchmann a la ciencia del derecho: «Si en efecto es verdadera mi afirmación de que la jurisprudencia carece de valor científico, es desde luego evidente —dice— que la culpa de que ello sea así no puede alcanzar a las personas, a los cultivadores de la ciencia... (sino que) el motivo no podía residir más que en el objetivo, en fuerzas ocultas inhibitorias inherentes al objeto y que dificultan los esfuerzos del espíritu humano en este ámbito... La primera peculiaridad con que tropezamos —añade— es la mutabilidad del derecho como objeto de la jurisprudencia... La tierra sigue girando alrededor del sol, como hace mil años; los árboles crecen y los animales viven como en los tiempos de Plinio. Por consiguiente, aunque el descubrimiento de las leyes de la naturaleza y su poder haya requerido largos esfuerzos, tales leyes son, por lo menos, tan verdaderas para la actualidad como para tiempos pasados, y seguirán siéndolo siempre. Muy otra —dice— es la situación de la ciencia jurídica. Cuando ésta, tras largos años de esfuerzos, ha logrado encontrar el concepto verdadero, la ley de la institución, hace ya tiempo que el objeto se ha transformado («el matrimonio, la familia, el estado, la propiedad —había dicho con anterioridad— han pasado por las más diversas modalidades»). La ciencia llega siempre tarde en relación con la evolución progresiva; no puede nunca alcanzar la actualidad... Este peligro, que para la ciencia (jurídica) nace de la peculiaridad de su objeto, la ha inducido ya con frecuencia —afirma Kirchmann— preocupada como está por el derecho pasado, a olvidarse del derecho presente, abandonándola despectivamente a las despreciadas manipulaciones de los prácticos... En todo caso, la movilidad de su objeto supone para la ciencia jurídica —añade Kirchmann— un enorme lastre: el estudio del pasado. Sólo el presente está justificado. El pasado ha muerto; sólo tiene valor en cuanto sea medio para comprender y dominar el presente... Cuán mejor sería —concluye diciendo— la situación de la ciencia jurídica si, como las ciencias naturales, pudiese encararse con su objeto directamente. Este lastre de fenómenos pasados absorbe gran cantidad de las mejores fuerzas”. *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. esp. y escrito preliminar de Antonio Truyol y Serrá, 2.^a ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, págs. 37 a 41, 44 y 45.

(9) *System der Rechtsphilosophie*, Erlangen, 1857, pág. 239.

En nuestros días, Messineo ha mantenido esta actitud radicalmente formalista: los ordenamientos jurídicos son entre sí equivalentes bajo el aspecto formal...; en cambio difieren (y muy profundamente) desde el punto de vista del contenido». *Instituzioni di diritto civile*, 4.^a ed., 1942, cit. por Antonio Hernández Gil, *Metodología de la ciencia del derecho*, Vol. I, 2.^a ed. Madrid, 1971, pág. 176.

Cuarto: Si lo único permanente del derecho es su estructura, su forma, la Filosofía del Derecho —en cuanto grado supremo del conocimiento científico— se configura como el saber que tiene por objeto la investigación de los conceptos y de las formas fundamentales del derecho. De este modo, *la Filosofía del Derecho se reduce a Teoría General del Derecho* (10).

2) *Diferentes manifestaciones de la Teoría General del Derecho*

Como es sabido, el programa de la Teoría General del Derecho se desarrolló, al menos en sus formulaciones más clásicas, como una prolongación de las tareas propias de la dogmática jurídica; concretamente, a partir de los datos obtenidos por la denominada “parte general” de la ciencia dogmática del derecho. Sin embargo, no han faltado, al menos en los tiempos más recientes, ensayos de construcción de una Teoría General del Derecho desde supuestos no necesariamente dogmáticos o normativos; nos referimos con ello a los intentos que se han realizado para dar una visión genérica del derecho, de su estructura y de su funcionamiento, a partir de los datos suministrados, fundamentalmente, por la Sociología jurídica.

De este modo resulta posible distinguir —con las prevenciones y riesgos que entraña toda sistematización— una Teoría General del Derecho de carácter normativo y una Teoría General del Derecho de significación no normativa.

A) *La Teoría General del Derecho normativista.*—Esta orientación de la Teoría General del Derecho —que es la clásica— parte del supuesto de que el derecho es esencialmente un sistema de normas, de reglas de conducta dotadas de validez dogmática, y trata de explicar tanto el concepto del derecho como sus estructuras y formas fundamentales, en función de la norma jurídica. La norma jurídica constituye la categoría básica para comprender el mundo jurídico (11).

(10) Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe: op. cit., págs. 42 y ss.

(11) Cfr. BOBBIO, Norberto: *Teoria generale del diritto e teoria del rapporto giuridico*, en «Studi sulla teoria generale del diritto». G. Giappichelli-Editore, Torino, 1955, págs. 53 y 54.

GALÁN Y GUTIÉRREZ, Eustaquio: *Los tipos fundamentales del pensamiento jurídico a la luz de la «perennis philosophia»*. Separata de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», Instituto Ed. Reus. Madrid, 1955, págs. 12 y ss.

COTTA, Sergio: *Primi orientamenti di filosofia del diritto*. G. Giappichelli-Editore, Torino, 1966, págs. 78 y ss.

La Teoría General del Derecho de orientación normativa supone, tal como indicábamos antes, una prolongación de las tareas propias de la dogmática jurídica (12).

En efecto, la *dogmática jurídica*, cuyo objeto lo constituye el ordenamiento jurídico de una sociedad en un momento determinado, articula su temática en dos capítulos fundamentales: de un lado, el constituido por la “parte especial”, dedicada fundamentalmente a la interpretación y a la exposición sistemática de una rama del derecho vigente, construyendo el aparato conceptual capaz de permitir su mejor comprensión y manejo; de otro lado, el formado por la “parte general”, ocupada de la construcción y su correspondiente sistematización —a partir de los elementos comunes de los conceptos elaborados por la parte especial— de las nociones más generales que subyacen a las diversas instituciones estudiadas en ésta. De este modo, la parte general contribuye a poner de relieve la correspondencia y la unidad interna de dichas instituciones, facilitando su comprensión y manejo.

Pues bien, lo que hicieron Merkel (13), Wallaschek (14), Bergbohm (15), Eltzbacher (16), Filomusi Guelfi (17) y otros fue ascender un grado más en ese proceso inductivo y generalizador iniciado por la dogmática, hasta llegar, a través de un proceso de comparación, depuración y síntesis de las diferentes partes generales, a aislar lo que era común a las distintas ramas del derecho, construyendo una parte general de todas las partes generales: una parte generalísima que se denominó *Teoría General del Derecho* (18).

FROSINI, Vittorio: *La estructura del derecho*, trad. esp. y estudio preliminar de Antonio-Enrique Pérez Luño, Studia Albornotiana, vol. XVIII, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974, págs. 88 y ss.

(12) Cfr. QUINTAS, Avelino-Manuel: *La continuità fra la dommatica, la teoria generale e la filosofia del diritto*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto». Anno XLI, Serie III, 1964, págs. 98 y ss.

(13) *Ueber das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Theil derselben*, cit. *Juristische Enzyklopädie*, 5ª Aufl. Berlin, 1913.

(14) *Studien zur Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1889.

(15) *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892.

(16) *Ueber Rechtsbegriffe*, Berlin, 1900.

(17) *Del concetto dell'Enciclopedia del diritto*, Napoli, 1876.

(18) Observa a este respecto Dino Pasini: «Se puede precisar que entre dogmática jurídica y teoría general del derecho no hay en modo alguno heterogeneidad en cuanto que, en relación con la dogmática jurídica, la teoría general del derecho no es sino una elaboración conceptual más general de aquélla, que responde a la profunda exigencia de unidad orgánica, de sistema orgánico más esen-

La Teoría General del Derecho de orientación normativista encuentra en nuestros días su formulación más brillante en las obras de Hans Kelsen (19) y Norberto Bobbio (20), principalmente (21).

B) *La Teoría General del Derecho de significación no normativista.*—La caracterización genérica de estas corrientes radica principalmente en el abandono —de diferente sentido y alcance, en cada caso— de la norma jurídica como categoría lógica fundamental para comprender el fenómeno del derecho.

Dentro de esta tendencia cabe destacar:

a) Las doctrinas que hacen de la *relación jurídica* la categoría básica para explicar la realidad del derecho. El derecho consistiría esencialmente, según esta posición, en una relación intersubjetiva. A esta orientación responde la obra de Alessandro Levi (22), cuya concepción, no obstante, está presuponiendo la categoría de la norma jurídica.

cial, que la teoría general del derecho reclama en cuanto conocimiento más general y comprensivo que el de las ciencias jurídicas particulares. La teoría general del derecho, no siendo en sustancia más que la síntesis y el coronamiento de la dogmática jurídica, no puede distinguirse cuantitativamente de éste con certeza, porque su autonomía es sólo de naturaleza funcional, es decir, relativa a la función específica que asume». *Dogmatica, teoria generale e filosofia del diritto*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», Vol. de 1964 cit., pág. 84.

Cfr. LARENZ, Karl.: *op. cit.*, pág. 39.

Cfr. LARENZ, Karl.: *op. cit.*, pág. 39.

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe: *op. cit.*, págs. 46 y ss.

FROSINI, Vittorio: *Teoría generale del diritto*, pág. 6.

HERNÁNDEZ-GIL, Antonio: *op. cit.*, págs. 178 y ss.

DÍAZ, Elías: *Sociología y Filosofía del derecho*, Taurus Ed., S. A. Madrid, 1971 páginas 77 y ss.

(19) Las obras más significativas al respecto serían: *Reine Rechtslehre*, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Leipzig und Wien, 1934. Hay trad. esp. de Moisés Nilve, cit. *General Theory of law and state*, Harvard University Press, 1943, hay trad. esp. de Eduardo García Maynez, cit.

(20) Entre su bibliografía fundamental, por lo que respecta al objeto de nuestro estudio, habría que destacar:

Studi sulla teoria generale del diritto, cit;

Teoria della norma giuridica, G. Giappichelli-Editore, Torino, 1958;

Teoria dell'ordinamento giuridico, G. Giappichelli-Editore, Torino, 1960.

Il positivismo giuridico, Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal Dr. Nello Morra. Cooperativa Libreria Universitaria Torinese. Editrice. Torino, 1961. En particular, la segunda parte de la obra, págs. 160 y ss.

«*Studi per una teoria generale del diritto*», cit.

(21) Cfr. FROSINI, Vittorio: *Teoría generale del diritto*, cit., pág. 6 y 7.

(22) *Teoría generale del diritto*, 2.^a ed. Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1953.

b) *La concepción institucional del derecho* de Santi Romano y de Francesco Carnelutti.

Para Santi Romano, la concepción normativa del derecho es insuficiente. El derecho no puede ser entendido como norma sino como ordenamiento, idea ésta que presupone la noción de institución. Sólo a partir del concepto de institución podemos acceder a la comprensión del derecho como ordenamiento (23).

Cfr. BOBBIO, Norberto: *Teoría generale del diritto e teoría del rapporto giuridico*, cit.

TREVES, Renato: *Il diritto come relazione*, Saggio sul neokantismo contemporáneo, Torino, 1934.

COTTA, Sergio: *op. cit.*, págs. 80, 82 y ss.

FROSINI, Vittorio: *La estructura del derecho*, cit., págs. 69 y ss.

(23) Santi Romano comienza su obra, *L'Ordinamento giuridico*, afirmando que «la primera y principal finalidad de (dicho) trabajo quiere ser la de demostrar que (la concepción del derecho como regla de conducta, como norma)..., aunque en cierto sentido y para ciertos fines no sea equivocada, considerada en sí misma, resulta sin embargo insuficiente». (*El ordenamiento jurídico*, trad. esp. de Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín Retortillo. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pág. 88).

De este modo, dice Santi Romano, cuando «se habla, por ejemplo, del derecho italiano o del derecho francés, no es verdad que se piense sólo en una serie de reglas... (en las) colecciones oficiales de leyes y decretos. En lo que se piensa por los juristas, y aún más por los profanos... es en algo más dinámico y vital: es, en primer lugar, en la compleja y variada organización del estado italiano o francés; en los numerosos mecanismos o engranajes, en las relaciones de autoridad y de fuerza que producen, modifican, aplican y garantizan las normas jurídicas, pero que no se identifican con ellas. En otros términos, el *ordenamiento jurídico* así entendido en su conjunto es una entidad que se mueve en parte según normas, pero que sobre todo dirige a las propias normas como si fueran las piezas de un tablero de ajedrez, normas que de este modo resultan más bien objeto, e incluso el medio de su actividad, que no un elemento de su estructura... El orden social establecido por el derecho —añade— no es el que viene determinado por la existencia de normas que disciplinan las relaciones sociales, cualquiera que sea la forma en que éstas se originen; aquél no excluye estas normas, sino que incluso se sirve de ellas y las abarca dentro de su órbita, que al mismo tiempo sobrepasa y supera. Esto significa que *el derecho antes que ser norma*, antes que implicar una simple relación o una serie de relaciones sociales, *es sobre todo organización, estructura, posición de la sociedad* misma en que se desarrolla, y que precisamente el derecho constituye como unidad, como ente con sustantividad propia... Siendo esto así —agrega—, el concepto que nos parece necesario y suficiente para expresar en términos exactos el concepto de derecho como ordenamiento jurídico, considerado global y unitariamente, es el *concepto de institución*. Cada ordenamiento jurídico, considerado global y unitariamente, es el *concepto de institución*. Cada ordenamiento jurídico es una institución e, inversamente, toda institución es un ordenamiento jurídico; la correspondencia entre estos dos conceptos

Francesco Carnelutti, desde su doble condición de teórico y práctico del derecho, sostiene que la realidad del derecho no puede comprenderse sólo en base a los textos legales, sino abriéndose también a la experiencia jurídica: a la contemplación del comportamiento social de las personas, cuya vida tratan de regular las normas (24). Desde estos supuestos, que Carnelutti no duda en llamar “realistas”, subraya el *carácter institucional del derecho* (25), construyendo una Teoría General del Derecho a partir de las tres dimensiones esenciales de la realidad jurídica en cuanto institución: los mandatos jurídicos, las situaciones jurídicas y los hechos y actos jurídicos (26).

c) La *teoría psico-sociológica* de J. Haesaert (27), para quien el derecho se reduce a una simple técnica de organización social para la consecución de determinados fines, dependiendo su carácter jurídico de que sus reglas sean sentidas y aceptadas como tales (como reglas de Derecho) por sus destinatarios (28).

es necesaria y absoluta». Ibid., págs. 100 y 113. Cfr. las págs. 87, 88, 99, 100 y 111 a 113.

Estas ideas fueron desenvueltas y perfeccionadas por Santi Romano posteriormente —la primera edición del *L'ordinamento giuridico* data de 1918— en: *Corso di diritto amministrativo*, 1930, *Corso de diritto costituzionale*, 3.^a ed. Padova, 1932, y *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.

Cfr. GALÁN Y GUTIÉRREZ, Eustaquio: *op. cit.*, págs. 27 y ss.

COTTA, Sergio: *op. cit.*, págs. 79 y ss.

(24) “El Código —dice— no es más que una cara de la medalla (del derecho). La otra está constituida por los actos de aquellos que obedecen o desobedecen. No se trata de mirar solamente al oficial que ordena la maniobra, sino la maniobra que viene ordenada; y esa, son los soldados quienes la ejecutan”. *Metodología del diritto*, Cedam, Casa editrice, Padova, 1939, pág. 63.

En otro lugar observa: “Si queremos levantar nuestra ciencia de la posición de inferioridad en que se encuentra, la primera superstición a desarraigar es aquella que se propone enseñar el derecho encerrado en una biblioteca. Naturalmente, ésta es necesaria... (pero yo) después de haber permanecido entre los libros algún tiempo, he sentido la necesidad de abrir de par en par una ventana. Probablemente este es el secreto de lo poco que he podido hacer en el campo de la ciencia. He tenido siempre la sensación de que para mi sabiduría contaban más los hombres que los libros, y me he zambullido en la vida. Ninguna de las experiencias que he vivido ha sido perdida para la ciencia». Ibid., págs. 60 y 61.

Cfr. *Teoria generale del diritto*, págs. 2 y ss.

(25) Cfr. *Metodologia del diritto*, cit., págs. 65 a 67.

(26) Cfr. BOBBIO, Norberto: *Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto*, en «Studi sulla teoria generale del diritto», cit., págs. 1 y ss., en especial págs. 9 y 10.

(27) *Théorie générale du droit*. Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1948. Cfr. en especial las págs. 19, 26 y ss., 69 y ss.

(28) Cfr. BOBBIO, Norberto: *Una teoria psicologica e sociologica del diritto*, en «Studi sulla teoria generale del diritto», cit., págs. 127 y ss.

d) Por último podríamos incluir aquí la *concepción realista del derecho* de Karl Olivecrona (29) y Alf Ross (30), quienes, con el doble apoyo del método sociológico y del análisis del lenguaje, pretenden darnos —a partir del estudio de los hechos, de los fenómenos sociales (entre los cuales se encuentra el derecho)— una imagen del orden jurídico y de sus categorías fundamentales completamente transparente y limpia de todo residuo o adherencia metafísica o ideológica.

3) *Función metódica de la Teoría General del Derecho*

El esfuerzo desplegado por la Teoría General del Derecho en sus diferentes manifestaciones ha tenido y tiene, entre otros aspectos, una marcada significación metódica: construir un sistema de conceptos y formas jurídicas, comunes a los diferentes sectores de normas que integran el ordenamiento jurídico, capaz de permitir el más fácil conocimiento y manejo del Derecho positivo, así como de acabar con la anarquía conceptual que las diferentes ramas de la dogmática jurídica produjeran (31).

(29) Para Olivecrona «el derecho es una fuerza organizada y regulada que se emplea contra criminales, deudores y otros, según moldes establecidos por los legisladores... El derecho incluye fuerza o, más exactamente —dice—, existe en todo estado una organización abrumadora de fuerza que funciona según las normas llamadas derecho», y cuyo ejercicio, en régimen de monopolio, corresponde al estado. Cfr. su obra *El derecho como hecho*, trad. esp. de Gerónimo Cortés Funes, Roque Depalma. Ed. Buenos Aires, 1959, págs. 97(98, 103, 104, 133, 134, 137 a 139 y 151.

(30) Ross entiende que la expresión orden jurídico debería reservarse para sistemas normativos que posean las siguientes notas: «En primer lugar, el derecho consiste en reglas concernientes al ejercicio de la fuerza... (apareciendo la fuerza) como una sanción, esto es, como una presión para provocar la conducta deseada... En segundo lugar —dice— el derecho consiste no sólo en normas de conducta, sino también en normas de competencia. Estas últimas establecen un conjunto de autoridades públicas para aprobar normas de conducta y ejercer fuerza de conformidad con ellas». *On law and justice*, Steven & Sons limited, London, 1958, pág. 59. Cfr. págs. 52 y ss. Hay trad. esp. de CARRIO, Genaro, R.: *Sobre el derecho y la justicia*, 2.^a ed. Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1970.

(31) «Los estudios jurídicos —restringidos por las limitaciones positivistas (recuerda Recaséns)— ofrecían un espectáculo de caos. En efecto, cada tratado o cada profesor dedicado a una disciplina jurídica especial consagraba los primeros capítulos, o las primeras lecciones, a tratar de esclarecer el concepto del derecho como norma, el de derecho subjetivo, el de relación jurídica, el de persona, el de objeto, etc. Pero resultaba que la explicación que cada especialista daba de esos conceptos fundamentales era diversa de la suministrada por otros especialistas. Se cayó en la cuenta —concluye diciendo— de que todos esos temas no pueden ser resueltos por la suma de las aportaciones de cada disciplina jurídica particular, sino que requieren una doctrina general autónoma». *Tratado de filosofía del derecho*, 3.^a ed. Ed. Porrúa, S. A. México, 1965, pág. 13.

III. INSUFICIENCIAS Y LIMITACIONES DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO DESDE LOS SUPUESTOS DEL CONOCIMIENTO FILOSÓFICO-JURÍDICO

Desde la perspectiva crítica, propia del conocimiento filosófico, resulta ineludible preguntarse en qué medida la Teoría General del Derecho cubrió realmente la meta que se propuso: investigar y formular conceptualmente las estructuras y formas fundamentales del derecho. Cabe, asimismo, plantearse el problema de hasta qué punto la Teoría General del Derecho constituye un saber auténticamente filosófico.

Ante estas cuestiones hay que adelantar, en primer lugar, que el programa de la Teoría General del Derecho se desarrolló a partir de un planteamiento insuficiente y limitado en orden a una comprensión última, radical, filosófica, del derecho; y, en segundo lugar —ello es la consecuencia lógica de ese planteamiento insuficiente y limitado—, que los resultados obtenidos son, desde una perspectiva filosófica, insuficientes y limitados también.

Veamos cada uno de estos extremos:

1) *Insuficiencia y limitación de los planteamientos de la Teoría General del Derecho*

a) El desarrollo del programa de la Teoría General del Derecho —inducir del análisis y de la comparación de una pluralidad de datos particulares las notas comunes a todos ellos para alcanzar desde ahí, a través de un proceso de generalización, el concepto del derecho y sus formas fundamentales— presupone ya, como observaron Stammler (32) y del Vecchio (33), el previo conocimiento de aquello que se trata de encontrar: esto es, un conocimiento del concepto del derecho y de sus formas fundamentales (toda inducción presupone como válidas ciertas leyes y categorías ontológicas supremas) que permita separar el material jurídico de aquel que no tiene esa significación, así como seleccionar los datos a partir de los cuales se va a poner en marcha el proceso inductivo y generalizador (34).

(32) *Tratado de filosofía del derecho*, 1.ª ed., trad. esp. de W. Roces. Ed. Reus, S. A., Madrid, 1930, págs. 5 a 8, 55 y 56.

(33) *Filosofía del derecho*, 18.ª ed., trad. esp. de Luis Recaséns Siches, revisada y puesta al día por Luis Legaz Lacambra. Bosch, Casa Ed. Barcelona, 1964, páginas 294 y 311.

(34) Señala Schreier al respecto: la investigación inductiva «tiende a obtener la noción del derecho abstrayéndola de la consideración del mayor número posible

b) La Teoría General del Derecho, en virtud de los supuestos positivistas de que parte —negación de la metafísica (del Derecho natural en este caso concreto), atención exclusiva al dato de la experiencia sensible, etc.—, ignora la dimensión ideal, filosófica del derecho (el momento de la *legitimidad*, dentro del proceso de la validez jurídica), reduciendo la realidad del mismo, en unos casos y de modo exclusivo, a su dimensión normativa, significada por el momento de la *legalidad* o de la validez dogmática, y abriéndose o haciendo centro de gravedad de sus reflexiones, en otros, a la dimensión fáctica del derecho constituida por el momento de su *eficacia*.

De acuerdo con estos supuestos, la Teoría General del Derecho proyecta su atención de modo exclusivo sobre los datos que le suministran las ciencias jurídico-positivas, y en ello radica una de las limitaciones más significativas de su planteamiento, pues a partir sólo de las diferentes ramas de la dogmática jurídica o de los datos de significación puramente fáctica que proporciona la Sociología jurídica, no resulta posible obtener, por vía analítica e inductiva, una noción totalizadora, filosófica, del derecho, así como de sus estructuras y formas fundamentales. Desde los supuestos en que se mueve la Teoría General del Derecho solo resulta viable una “inducción incompleta”, cuyos datos poseen una validez estadística (35). “Para obtener la noción universal o esencial de lo jurídico —escribe Recaséns—, precisa una indagación de otro tipo diverso del que es característico de las ciencias jurídicas, a saber: urge una indagación de carácter filosófico... No pueden las meras ciencias jurídicas particulares —añade— explicar (los) conceptos fundamentales (del derecho), porque ellas se basan precisamente sobre dichos conceptos. Tales nociones básicas funcionan para la ciencia

de fenómenos jurídicos. Tal inducción —dice— representa un círculo vicioso, ya que da por reconocido lo que hay que conocer; pues sólo prejuzgando puede seleccionarse el material de la inducción». *Op. cit.*, pág. 26. Cfr. pág. 25.

(35) Stammmer subraya: «A lo que de ningún modo se puede llegar por vía de comparación y generalización de un derecho dado es a descubrir aquellas nociones absolutas, sin las cuales es de todo punto imposible una verdadera ciencia del derecho». *Op. cit.*, pág. 16. Cfr. 55 y ss.

Bobbio, por su parte, subraya que, aunque «formales», la teoría general del derecho obtiene sólo conceptos empíricos de carácter «a posteriori» y particulares, pero no conceptos puros que deben poseer una significación universal, filosófica y carácter «a priori», *Filosofía del diritto e teoria generale del diritto*, cit., páginas 41 y ss.

En el mismo sentido, aunque desde supuestos diferentes, cfr. GRANERIS, Giuseppe: *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, trad. esp. de Celina Ana Lértora Mendoza. Ed. Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1973, págs. 5 y ss.

jurídica como los supuestos sobre los cuales ella se edifica, y a fuer de su calidad de supuestos previos caen fuera de su ámbito” (36).

c) El proceso metódico empleado por la Teoría General del Derecho resulta una vía insuficiente, por sí sola, para ascender a la contemplación y descripción del concepto y de las formas esenciales del derecho.

Los métodos a emplear en una investigación científica están en función de la naturaleza del objeto que se quiere estudiar. Ello significa que métodos válidos para el conocimiento de un determinado ámbito de la realidad pueden no serlo para el estudio de sectores diferentes, hasta el punto de que el traslado de la metodología propia de una ciencia a otro campo del conocimiento puede dar lugar al fallecimiento del objeto que se pretende conocer, bloqueando la posibilidad de su recto conocimiento.

Esto es lo que sucede con la pretensión positivista de extender los métodos específicos de las denominadas “ciencias de la naturaleza” al ámbito propio de las ciencias sociales y de extrapolarlos, incluso, al plano de la filosofía, con lo cual —refiriéndonos exclusivamente al campo del conocimiento jurídico— nos encontramos con una imagen mutilada, falseada, del derecho. Así, por ejemplo, las concepciones que reducen el derecho a un mero “mandato de la voluntad del estado”, o a simple “fuerza social organizada”. Significativa al respecto es, igualmente, la especie de nominalismo jurídico en que Ross desemboca, desde sus específicos supuestos epistemológicos, al ver cerrada la vía para llegar a una definición del derecho. Partiendo de la idea de que un sistema jurídico es un conjunto individual de normas que constituyen un todo coherente y con significado unitario, señala el profesor de Copenhague: “Se ha creído que a fin de delimitar la esfera de trabajo del jurista era necesario *introducir una definición del derecho* para distinguirlo de otros tipos de normas sociales. Este error se produjo —añade— porque no se entendió que el derecho nacional vigente constituye un todo individual. La coherencia de significado interna al mismo determina qué es lo que queda incluido dentro de ese todo. La palabra

(36) *Tratado general de filosofía del derecho*, cit., págs. 12 y 13.

Cfr. COING, Helmut: *Fundamentos de filosofía del derecho*, trad. esp. de Juan Manuel Mauri. Ed. Ariel, Barcelona, 1961, pág. 22.

Jacques Leclercq ha subrayado la específica actitud mental y los métodos de trabajo de los cultivadores de la teoría general del derecho —por lo común, juristas y no filósofos— tan alejados del auténtico quehacer filosófico. Cfr. su obra *Du droit naturel a la sociologie*, Vol. I. Ed. Spes, París, 1960, págs. 99 y ss., 103 y ss.

“derecho” no es común a una *clase de reglas jurídicas, sino a una clase de órdenes jurídicos individuales*. La experiencia —concluye Ross— también lo confirma, porque en la práctica los juristas, por lo común, no tienen dificultad en determinar si una regla es parte del derecho nacional o si pertenece a un sistema diferente de normas, por ejemplo, a otro orden nacional, a las reglas del ajedrez o a la moralidad” (37).

En relación con lo dicho hay que notar que el derecho constituye una realidad compleja, una síntesis prudencial de factores de significación ideal y real a un tiempo (38), y que, como tal realidad compleja, no es susceptible de ser tratada, como sucede con otros objetos de naturaleza homogénea, en base a un excluyente monismo metodológico, ni tampoco con la metodología propia de otros ámbitos de la investigación científica, de diferente naturaleza, sino que exige un flexible y abierto pluralismo metodológico, adecuado, en todo caso, a su particular modo de ser (39).

2) *Insuficiencia y limitación de los resultados de la Teoría General del Derecho*

a) En virtud de su específico planteamiento, la Teoría General del Derecho no alcanza el nivel de la investigación filosófica, la cual, en el plano del conocimiento jurídico, ha girado fundamentalmente en torno al tema de la esencia del derecho y de los valores o fines que éste ha de realizar.

Prueba de ello es que *los contenidos de la investigación ético-material del derecho* que la Filosofía jurídica ha venido desarrollando por espacio de más de dos milenios bajo diferentes denominaciones (Filosofía política, Derecho natural, Filosofía del Derecho, axiología, estimativa jurídica...) y *las formas lógicas* estudiadas por la Teoría General del Derecho no se corresponden —o, mejor dicho, no acaba de verse la correspondencia y conexión lógica que debería existir entre ellos— en cuanto materia y forma de una misma realidad, el derecho, que hay que estudiar y comprender en su plenitud.

(37) *Op. cit.*, págs. 30 y 31.

(38) Cfr. HENKEL, Henrich: *Introducción a la filosofía del Derecho*, Fundamentos del derecho, trad. esp. de Enrique Gimbernat Ordeig. Tauris Ed., S. A., Madrid, 1968, págs. 133, 134, 275, 276, 481 a 489, 680 y ss.

(39) Cfr. HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *op. cit.*, págs. 403(6), 404(5), (405(6 y 8), 406(10) y 407(14).

Ello, por lo demás, no es extraño y constituye el resultado lógico de haberse elaborado ambos estudios (el ético-material y el lógico-formal) sobre aspectos parciales y diferentes de la realidad jurídica, con actitudes y métodos diferentes también.

La Teoría General del Derecho fracasa, pues, en su pretendido intento de dar una explicación filosófica, totalizadora de lo jurídico, a partir de los datos suministrados por la ciencia jurídica y a través de un proceso metódico comparativo, inductivo y generalizador (40). El concepto y las formas fundamentales del derecho son de una indudable importancia para la ciencia jurídica, que tiene que servirse de dicho aparato lógico-conceptual para el desenvolvimiento de su tarea específica, pero dichas formas y conceptos no pueden alcanzarse sólo desde el ámbito propio de la ciencia jurídica, ni, por supuesto, con los métodos específicos de la misma. Ello constituye una tarea que trasciende con mucho la misión y las posibilidades mismas del pensamiento científico (41), para situarse plenamente en la órbita de la reflexión filosófica (42).

b) Dentro del ámbito de los conceptos y de las formas del derecho, el pensamiento jurídico ha distinguido aquellas categorías que tienen una validez permanente de aquellas otras que sólo poseen una signi-

(40) Cfr. HURTADO BAUTISTA, Mariano: Filosofía del derecho, en Nueva Enciclopedia jurídica. Ed. Francisco Seix, S. A. Barcelona, 1958, pág. 813.

«Advertimos inmediatamente —dice Cotta— que la ciencia jurídica (particularmente, en este caso, la teoría general del derecho) trabajando con el mismo material jurídico —compuesto de leyes, costumbres, sentencias, negocios jurídicos, instituciones jurídicas, etc.— no nos ofrece una respuesta unívoca acerca de qué cosa sea el derecho... (Esta consideración se hace, dice Cotta, a la vista de) las tres teorías generales que tienen mayor difusión en nuestra área cultural, y que son: 1) La teoría normativa; 2) la teoría institucional; 3) la teoría relacional, las cuales reciben su nombre de la categoría (norma, institución, relación jurídica) que según cada una de ellas permite comprender mejor qué cosa sea el derecho y reconducir a su unidad lógica el material jurídico, tan diverso en apariencia, sobre el cual trabajan». *Op. cit.*, pág. 78. Cfr. págs. 83, 84, 86 y 87.

Cfr. BOBBIO, Norberto: *Teoria generale del diritto e teoria del rapporto giuridico*, cit., págs. 53 y ss.

(41) De modo contundente concluía Schreier: «Así como la geometría no puede definir el espacio (nunca encontramos en los manuales de geometría definiciones del espacio, aun cuando la geometría sea la ciencia del espacio), la ciencia jurídica no puede definir el derecho». *Op. cit.*, págs. 28 y 29. Cfr. págs. 30 y 31.

(42) Cfr. DEL VECCHIO, Giorgio: *Op. cit.*, págs. 276 y 277. GRANERIS, Giuseppe, *Op. cit.*, págs. 5 y ss.

ficación circunstancial e histórica (43). Ahora bien, la aproximación a ese límite y, de modo más concreto, el alcance y aislamiento, con un cierto margen de certeza, de los conceptos y de las formas esenciales del derecho, para su consideración y estudio, constituye una empresa de vuelo filosófico que no puede llevarse a cabo desde los exclusivos supuestos del conocimiento empírico y con la sola ayuda de sus específicos métodos.

Conviene advertir al respecto que las mismas ciencias positivas no progresan en un proceso lineal, a ciegas, plegadas sólo a los datos de la experiencia sensible y teniendo como único punto de referencia el contacto con los fenómenos empíricos, sino que se despliegan en un proceso dialéctico, allanando e iluminando previamente su camino con la luz de una hipótesis, racionalmente fundada, en base a la cual se contrastan y valoran los datos que arroja la experiencia, al mismo tiempo que, en función de esos mismos datos, se confirma o se desecha la hipótesis. Por ello, no tiene nada de extraño que si la Teoría General del Derecho se articula exclusivamente, tal como han venido defendiendo sus cultivadores, a partir de los datos empíricos que le proporcionan las ciencias jurídico-positivas y sirviéndose sólo de métodos del mismo signo, dicha teoría aparezca desprovista de un punto de referencia para determinar con certeza qué conceptos y formas tienen una significación puramente contingente e histórica, y qué otros corresponden de modo necesario, fundamental, a la esencia del derecho.

c) De lo anteriormente dicho se desprende fácilmente que los conocimientos propios de la Teoría General del Derecho no llegan en rigor a adquirir condición filosófica, entre otras cosas, porque no pueden darnos explicación bastante acerca del carácter esencial, permanente, de las formas lógicas que estudia. La Teoría General del Derecho queda así configurada como el supremo grado de abstracción y generalización del conocimiento científico (dogmático y sociológico) del derecho, ocu-

(43) Cfr. REINACH, Adolf: *Op. cit.*, págs. 21 a 29. VILLEY, Michel: *Kant dans l'histoire du droit*, en «Leçons d'histoire de la philosophie du droit». Ed. Dalloz, Paris, 1962, págs. 262 y ss. HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Op. cit.*, págs. 89, 90, 197, 198, 407. RECASÉNS SICHES, Luis: *Tratado general de filosofía del derecho*, cit., pág. 12. Recuerda Henkel que «en los tipos orientadores de la conformación del derecho existen contenidos de significación y vigencia supratemporal junto a otro de condicionamiento histórico-espacial. Con su ensamble y con su variada influencia sobre el contenido jurídico, éste se incorpora momentos de la una y de la otra índole. Por tanto, en la estructura del derecho se hallan fundidos entre sí *absolutividad y relatividad, permanencia y mutabilidad*, en una inabarcable variedad de elementos», *op. cit.*, pág. 692.

pando, como observó ya Cammarata (44), una posición intermedia entre la ciencia jurídica y la Filosofía del Derecho (45), posición intermedia que patentiza sus limitaciones en orden al conocimiento filosófico.

A la vista de la insuficiencia de planteamiento, de método y de resultados de que, desde la perspectiva de la Filosofía jurídica, adolece la Teoría General del Derecho, se ha evidenciado cada vez con más claridad y se ha dejado sentir con más fuerza la necesidad de replantear la tarea iniciada por ella a partir de supuestos rigurosamente filosó-

(44) *Limiti tra formalismo e dommatica*, Catania, 1936, págs. 8 y 9.

(45) De este modo la distinción entre filosofía del derecho y teoría general del derecho —que constituye un conocimiento científico pero no filosófico— aparece claramente reflejada en la doctrina actual.

Kelsen señala en este sentido: «La teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho en particular... Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. *Es una ciencia del derecho y no una política jurídica...* se obtiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehusa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado». *Teoría pura del derecho*, cit., págs. 15, 63 y 64. Cfr. págs. 67 y 68. En otro lugar observa Kelsen: «Creo que la filosofía del derecho y la teoría general del derecho poseen igualmente su razón de ser. *La filosofía del derecho* trata de responder a la pregunta de qué reglas debe el derecho adoptar o establecer; dicho de otro modo, su objeto específico es el problema de la justicia. Dado que la justicia es un postulado de la moral, la filosofía del derecho constituye una rama de la filosofía moral o ética... Por el contrario, *la teoría general del derecho* tiene por objeto el derecho tal como es de hecho, es decir, el derecho positivo tanto nacional como internacional. Su finalidad consiste en analizar la estructura del derecho positivo y en fijar las nociones fundamentales para el conocimiento del mismo». *Qu'est-ce que la philosophie du droit?*, en «Archives de Philosophie du Droit», núm. 7, Sirey, París, 1962, pág. 131.

Bobbio indica: «La teoría general del derecho es una ciencia formal, pero sus conceptos no son ni "a priori", ni universales; lo que quiere decir, para quien distingue filosofía y ciencia en base a los atributos de la aprioridad y de la universalidad, que la teoría general del derecho no es filosofía». *Filosofía del diritto e teoría generale del diritto*, cit., pág. 48. Cfr. págs. 33 a 41, 45 a 48, 50 a 52.

Para Bagolini mientras que «la tarea de la *filosofía del derecho* consiste precisamente en aclarar los fines últimos de los que depende la actividad interpretativa y técnica del jurista..., una *teoría general del derecho* es (sólo) una sistematización de los conceptos fundamentales utilizados en las diferentes ciencias jurídicas particulares». *Philosophie du droit et théorie générale du droit*, en «Archives de Philosophie du Droit», vol. cit., págs. 88 y 89.

ficos, ontológicos (46) —a partir de la realidad del derecho considerada en su plenitud, en cuanto ser ideal-real, y penetrando en el estrato más profundo de la esencia, del sentido y del fin del derecho—, si de verdad esa consideración lógico-formal del derecho no quiere frustrarse como auténtico estudio filosófico y verse reducida a una simple teoría del Derecho positivo (47).

IV. LA TEORÍA FUNDAMENTAL DEL DERECHO COMO ALTERNATIVA FILOSÓFICA A LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

1) *Viraje y aproximación del pensamiento jurídico hacia la Teoría Fundamental del Derecho*

Si la Teoría General del Derecho no es concebible sin Ihering y su “método histórico-natural” para la elaboración de una “química del derecho”, sería también este mismo jurista, en su “segunda época” —la definida por sus obras *El fin en el derecho*, *La lucha por el derecho* y su concepto del “interés”—, el que imprimiría al pensamiento jurídico un viraje que va desde el formalismo logicista de la jurisprudencia conceptual a la preocupación por los contenidos materiales del derecho, subrayando que las categorías jurídicas no son puras abstracciones lógico-formales, sino que aparecen vinculadas al fin del derecho, a la vida de la sociedad, y determinadas por ellos (48). Con ello marcaba,

(46) La filosofía del derecho se presentó ante todo como un conocimiento de ontología regional. Como observa Maihofer, la *ontología jurídica* no pregunta por el «ser en general» (ontología fundamental), ni por el «ser de los entes en su totalidad» (ontología universal), sino que constituye «un saber acerca del ser de un determinado ámbito de los entes intramundos: del ámbito de lo jurídico. La ontología jurídica constituye así una ontología regional». *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, Frankfurt am Main, 1954, pág. 53.

(47) Henkel puntualiza en este sentido: «El error funesto del positivismo jurídico fue el de suponer que con el análisis conceptual del derecho positivo, con la elaboración de conceptos generales, con la sistematización del material jurídico dado y con el desarrollo de las reglas de aplicación del derecho se había alcanzado la meta final que se podía esperar del esfuerzo por fundamentar el derecho. Ello era desconocer que este esfuerzo tiene que penetrar en un estrato más profundo y extenderse a un planteamiento aún más general del problema: al problema de la *esencia, el sentido y el fin del derecho*. Aquí no se trata ya de elaborar, en base al material de las órdenes jurídicos positivos, aquello que posee validez general, sino de aprehender el derecho como un fenómeno social fundamental que se presenta en todas las sociedades humanas». *Op. cit.*, pág. 17.

(48) En relación con la «primera época» de Ihering. Cfr. su obra: *El espíritu del derecho romano*, vol. III, 5.ª ed., trad. esp. de Enrique Príncipe y Satorres, Casa ed. Baylly-Bailliere, S. A., págs. 23 y ss., en especial 30 y ss. Respecto de la «se-

según palabras de Stammler (49), la transición a la moderna Filosofía del Derecho.

Sin embargo, la prolongación y el replanteamiento de la temática de la Teoría General del Derecho, si bien desde supuestos en parte diferentes, la encontramos, dentro todavía del movimiento positivista, en el programa de la *teoría de los conceptos jurídicos fundamentales* de Austin (50), Bierling (51) y Somló (52), con su pretensión de encontrar las formas fundamentales que se hallan en la base de todo derecho, sin necesidad de inducirlas de la ciencia jurídica, ni del Derecho positivo que le sirve de base. En este sentido la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales supone una prolongación de la temática de la Teoría General del Derecho, si bien, como expresamente puntualiza Radbruch, oponiendo "a los simples *conceptos jurídicos generales* de validez empírica, *conceptos jurídicos fundamentales*, supuestos de toda ciencia jurídica posible" (53).

En esta misma dirección, si bien dentro ya del problema intelectual de superación del positivismo jurídico, el formalismo neocriticista, primero, y fenomenológico, después, se abre a la consideración del concepto universal del derecho y de las formas jurídicas fundamentales. Así, por ejemplo, y desde los supuestos del neocriticismo kantiano, Stammler habla de "conceptos jurídicos puros", de carácter *a priori*, que constituyen "emanaciones inmutables del absolutamente firme concepto del derecho", distintos de los "conceptos jurídicos condicionados", extraídos y dependientes de los contenidos concretos de un derecho his-

gunda etapa» de la vida intelectual de Ihering, cfr. *Der Zweck im Recht*, I Bd. Reprografischer Nachdruck der 4. Aufl. Leipzig, 1909. Georg Olms Verlag, Hildesheim-New York, Betreitkepf & Härtel, Wiesbaden, 1970, en especial págs. 249 y ss. Cfr. HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Op. cit.*, págs. 202 y 203.

(49) *Op. cit.*, págs. 57 y ss.

(50) *Lectures on jurisprudence or the Philosophy of positive Law*. Ed. by R. Campbell, 2 vols. London, 1911.

(51) *Juristische Principienlehre*. 5 vols. Neudruck der in Verlag I.C.B. Mohr. (Paul Siebeck), erschienenen Aufl. von 1894-1917, Scientia Aalen, 1961;

Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Neudruck der Ausgabe Gotha, 1877-1883, Scientia Verlag Aalen, 1965.

Bierling declaraba: «... tenemos que conceder, en relación con este punto, que todos los conceptos y principios fundamentales de que se ocupa la teoría jurídica fundamental son de carácter puramente formal". *Juristische Prinzipienlehre*, vol. I, cit., pág. 1.

(52) *Juristische Grundlehre*, 2ª Aufl. Leipzig, 1927, en especial págs. 3 y ss.

(53) *Op. cit.*, pág. 40.

Cfr. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe: *Op. cit.*, págs. 50 y ss.

tóricamente dado (54); y Del Vecchio hace de la “investigación lógica del derecho” —orientada a la determinación del concepto universal del derecho y de sus elementos esenciales— el primer tema de la Filosofía jurídica (55).

De otro lado, y a partir del apoyo metodológico brindado por la fenomenología de Husserl, Félix Kaufmann (56) y, especialmente, Fritz Schreier (57) —Reinach (58), lo mismo que Schapp, va a desenvolver fundamentalmente una fenomenología material de las instituciones jurídicas— centran su estudio sobre las formas *a priori* del derecho, pretendiendo fundamentar, según palabras del propio Schreier, “la teoría jurídica pura preconizada por Kelsen y sus discípulos, en la fenomenología de Husserl, a fin de examinar los problemas jurídicos desde un nuevo ángulo visual y, en la medida de lo posible, resolverlos” (59).

De este modo se ha ido perfilando en el horizonte del pensamiento filosófico-jurídico, con mayor claridad cada vez, la idea de que la consideración lógico-formal del derecho solamente puede cobrar pleno sentido filosófico a partir de un planteamiento ontológico de dicho problema.

En esa línea de pensamiento habría que situar la concepción institucional del derecho de Hauriou (60), Renard (61) y Delos (62), con raíces en corrientes doctrinales de signo sociológico, pero vinculadas

(54) *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle A.D.S. Buchhandlung des Waisenhauses, 1911, págs. 10 y ss., 268 y ss., 275 y ss.

Cfr. su *Tratado de filosofía del derecho*, cit., págs. 5 y ss.

(55) Cfr. su *Filosofía del derecho*, cit., págs. 276 y ss.

(56) *Logik und Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1922; *Die Kriterien des Rechts*, Tübingen, 1924.

(57) *Conceptos y formas fundamentales del derecho*, cit.

(58) *Los fundamentos apriorísticos del derecho civil*, cit.

(59) *Op. cit.*, pág. 17. Cfr. las págs. 25, 31, 32, 33, 39, 40, 42, 80, 81, 132 y ss.

(60) Entre las obras cabe destacar: *La science sociale traditionnelle*, 1896; *L'institution et le droit statutaire*, 1906, y *La théorie de l'institution e de la fondation* (Essai de vitalisme social). en “Cahiers de la nouvelle journée”, núm. 4, 1925, páginas 1 a 45.

(61) *Entre l'individualisme et le sociologisme: la théorie de l'institution*, en «L'Aube Nouvelle», 1929; *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Paris, 1930; *L'institution, fondement d'une rénovation de l'ordre social*, 1933.

(62) *La théorie de l'institution*, en «Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique», 1931. *La communauté internationale et les principes du droit public*, Paris, 1929.

al fenómeno del renacimiento del Derecho natural y abierta a la consideración de los valores éticos (Derecho natural, justicia...). Para la doctrina institucional del derecho la categoría central del sistema jurídico no es la norma, sino la institución, entendida por Hauriou como "una idea de una obra o empresa que se realiza y perdura en un medio social" (63) y por Renard como "la comunión de los hombres en una idea" (64). La institución, que tiene una significación material, objetiva, constituye para este pensamiento el origen, y no el producto, de las normas jurídicas: "son las instituciones —diría Hauriou— las que engendran las normas jurídicas, y no éstas las que crean las instituciones" (65).

Junto a la corriente institucionalista hay que citar los intentos de Dabin (66) y de Roubier (67) de construir una Teoría General del Derecho, en donde la consideración de la realidad jurídica aparece referida a la justicia y a otros valores de significación ética, vigentes en el contexto histórico cultural en que se desenvuelve el derecho (68). Roubier hace así de la idea de "situación jurídica" —entendida como "un conjunto de derechos y deberes, de prerrogativas y de obligaciones que surge en torno a un hecho, a un estado o a un acto capaz de producir efectos jurídicos"— el centro de su Teoría General del Derecho (69).

Igualmente han subrayado la necesidad de un planteamiento ontológico respecto de la comprensión del derecho —si bien desde diferentes

(63) *La théorie de l'institution et de la fondation*, cit., pág. 10.

(64) *La théorie de l'institution*, cit., pág. 95.

(65) Sobre la teoría de la institución, cfr. CORTS GRAU, José: *George Renard y su doctrina de la institución*, en «Revista de Derecho Público», Madrid, 1934; RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín: *La concepción institucional del derecho*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944; GALÁN Y GUTIÉRREZ, Eustaquio: *Op. cit.*, págs. 28 y ss.; CORTA, Sergio: *Op. cit.*, págs. 79 y ss.; RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *La teoría institucional del derecho*, en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», número 12, fasc. 1.º, Granada, 1972, págs. 37 y ss.

(66) *Théorie générale du droit*. Bruxelles, 1944.

(67) *Théorie générale du droit*, 1946.

(68) Acerca de estas dos obras, cfr. BOBBIO, Norberto: *Due teorie generali del diritto in lingua francese*, en «Studi sulla teoria generale del diritto», cit., páginas 109 y ss.

(69) Cfr. FROSINI, Vittorio: *Teoria generale del diritto*, pág. 7.

supuestos epistemológicos— Wolff (70), Coing (71), Maihofer, García Máynez (73) y otros (74), poniendo de relieve la posibilidad y la necesidad de armonizar el estudio lógico-formal del derecho con una consideración ético-material del mismo, conjurando toda sospecha o temor de que la primera investigación pueda destruir u oscurecer la significación moral propia de lo jurídico (75). En una dirección paralela habría que citar a Hart, cuya obra (76) constituye un intento crítico de mediación entre positivismo y iusnaturalismo —relativizando ambas categorías— y en donde se conjugan, en el estudio del derecho, la investigación sociológica, el análisis del lenguaje y la apertura a un iusnaturalismo moderado o crítico.

Dentro de esta orientación del pensamiento jurídico de significación material, se ha hablado de una *Teoría Fundamental del Derecho*, como un capítulo de la Filosofía jurídica, cuyo objeto sería la investigación del concepto y de las formas esenciales del derecho. Dicho tema aparece explícitamente formulado con esos mismos términos en las

(70) *Naturrecht*, in «Theologischen Handwörterbuch», cit. por BRUNNER, Emil: *Gerechtigkeit, Eine Lehre von der Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung*, Zwingli-Verlag, Zürich, 1943, pág. 321.

(71) *Op. cit.*, pág. 22. Coing denuncia ahí la esterilidad de una concepción general y formal del derecho, de base puramente empiriológica, subrayando la necesidad de una consideración material del mismo.

Cfr. la 2.^a ed. de sus *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & Co. Berlin, 1969, pág. 346.

(72) *Recht und Sein*, cit., pág. 122.

(73) *La definición del derecho*. Ensayo de perspectivismo jurídico, México, 1951.

(74) Cfr. FROSINI, Vittorio: *Teoria generale del diritto*, cit., pág. 7. *La estructura del derecho*, cit.

DREIER, Ralf: *Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft*, en «Rechtstheorie», 2 Bd. Heft 1, 1971. Berlin, en especial págs. 47 y ss.

(75) Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis: *La lógica como posibilidad del pensamiento jurídico*, I, en «Anuario de filosofía del derecho», tomo V, Madrid, 1957, págs. 76 y 83; PUY MUÑOZ, Francisco: *El problema de la lógica jurídica*, en «Anuario de Filosofía del derecho», tomo X, Madrid, 1973, págs. 86, 87, 92 y ss.

(76) *The concept of Law*, Oxford University Press, 1961, en especial los caps. VIII y IX, págs. 151 y ss., 181 y ss. Hay trad. esp. de GENARO R. CARRIÓ, *El concepto del derecho*, 2.^a ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

Acerca de Hart, cfr., entre otros, MARIO A. CATTANEO, *Il diritto naturale nel pensiero de H. L. A. Hart*, en «Rivista Internazionale di filosofia del Diritto», anno XLII, serie III, 1965, págs. 673 y ss.

LON L. FULLER, *La moral del derecho*, Ed. F. Trillas, S. A., México, 1967, págs. 148 y siguientes.

ELÍAS DÍAZ, *op. cit.*, págs. 364 y ss.

obras de García Máynez (77) y de Recaséns Siches (78), constituyendo, con denominaciones parecidas o análogas, y con planteamientos y alcances diferentes, uno de los temas centrales de la preocupación filosófico-jurídica del momento actual (79).

2) *Significado y función de la Teoría Fundamental del Derecho*

La Teoría Fundamental del Derecho constituye aquel capítulo de la Filosofía jurídica que tiene por misión el estudio lógico-formal del derecho o, lo que es lo mismo, la comprensión, en una preceptiva totalizadora, del concepto del derecho y de los conceptos y formas jurídicos fundamentales (80).

Su objeto viene constituido, dice Recaséns, por los "conceptos jurídicos puros, necesarios, que no expresan realidades creadas contingentemente por los hombres en determinada situación histórica, sino que, por el contrario, pertenecen a la esencia de lo jurídico pura y simplemente, y, por eso, son comunes a todas las regulaciones de derecho y a todo conocimiento científico de éstas" (81). "A tal serie de conceptos fundamentales —añade Recaséns— pertenecen, por ejemplo, los de precepto jurídico, derecho subjetivo, deber jurídico, personalidad, supuesto jurídico, consecuencia jurídica, sanción, legalidad, ilegalidad, relación jurídica, objeto jurídico. Estos conceptos —continúa diciendo Recaséns— no tienen un origen empírico ni una índole contingente, sino que, por el contrario, están necesariamente comprendidos por la esencia de lo jurídico, y pertenecen a todas las manifestaciones reales o posibles del derecho; esto es, constituyen ineludiblemente el armazón universal de todo derecho" (82).

(77) *Introducción al estudio del derecho*, 16.^a ed. Ed. Porrúa, S. A. México, 1967, pág. 119.

(78) *Tratado general de filosofía del derecho*, cit., págs. 11, 12, 16, 28, 60 a 162 y 643.

Sobre la significación de la teoría fundamental del derecho en el pensamiento de Recaséns, cfr. BENITO DE CASTRO CID, *La filosofía jurídica de Luis Recaséns Siches*, Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1974, págs. 75 a 151.

(79) Cfr. al respecto, DÍAZ, ELÍAS: *op. cit.*, págs. 257 a 267, 404 y ss.

(80) Cfr. HURTADO BAUTISTA, MARIANO, *op. cit.*, pág. 813.

(81) *Tratado general de filosofía del derecho*, pág. 12, cfr. págs. 11, 12 y 28.

(82) Prólogo a la trad. esp. de la obra de FRITZ SCHREIER: *Conceptos y formas fundamentales del derecho*, cit., págs. 7 y 8.

En análogo sentido, cfr. RAFAEL PRECIADO HERNÁNDEZ, *Lecciones de filosofía del derecho*, Ed. Jux, México, 1954, págs. 127 y ss.

Entendido en ese sentido y con ese alcance, el programa de la Teoría Fundamental del Derecho sólo podría articularse con auténtico vuelo filosófico a partir de un planteamiento rigurosamente ontológico del mismo, es decir, a partir del estudio de la dimensión ético-material del derecho, para desde ahí ascender al hallazgo y a la formulación del concepto del derecho y de las formas esenciales de lo jurídico, toda vez que dichas formas —de modo más o menos inmediato— están determinadas y han de ser entendidas en función de los contenidos ético-materiales del derecho. En este sentido entiende A. Kaufmann (83) que las formas históricas que reviste el derecho no tienen en sus rasgos permanentes una significación puramente causal o arbitraria, sino que constituyen formas estructurales ontológicas que se enraizan en el modo mismo de ser del derecho, en donde encuentran su explicación más exacta y su justificación última. Quiere ello decir que las formas históricas que reviste el derecho constituyen, en sus rasgos permanentes, una dimensión ontológica de lo jurídico, pues el derecho no es mera esencialidad, pura materialidad ética, sino una dualidad inseparable y necesaria de esencia y de existencia, de legitimidad y de legalidad, de materia y forma. Por esta razón, un estudio lógico-formal del derecho, de rango filosófico, no puede detenerse en el mero descubrimiento de esas estructuras o formas lógicas y en su consiguiente descripción, sino que necesita indagar la razón de ser de esas formas, poniendo de relieve la correspondencia existente entre la dimensión formal y la dimensión ético-material del derecho, tal como, en un momento de su trayectoria intelectual, subrayó Radbruch (84).

De este modo se salvaría, en definitiva, el hiatus que supone la consideración lógico-formal del derecho de espaldas a la significación ético-material del mismo, permitiendo llegar así a una contemplación totalizadora, filosófica, del derecho, en donde quedase puesta de relieve la interconexión esencial existente entre su materia y su forma, como dos caras o dimensiones de una misma realidad.

(83) *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Verlag, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1957, páginas 26 y ss.

(84) Cfr. BONSMANN, PAUL: *Die Rechts- und Staatsphilosophie Gustavo Radbruchs*, H. Bouvier, u. Co. Verlag, Bonn, 1966, pág. 62.

En sentido diferente, cfr. BOBBIO, NORBERTO: *Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto*, cit., pág. 8, y *Filosofia del diritto e teoria generale del diritto*, cit., páginas 34 y ss.; FROSINI, VITTORIO: *La estructura del derecho*, cit., pág. 90.

3) *Supuestos metódicos*

El derecho constituye una realidad compleja (ideal-real) que hay que comprender como un proceso dinámico que va desde un polo de significación racional, filosófica (*legitimidad*), pasando por un momento de carácter normativo (*legalidad*, validez dogmática), hasta culminar y realizarse, existencialmente, en un último momento de naturaleza sociológica, fáctica (*eficacia*).

A la vista de esto —no debemos olvidar que el método está en función de la naturaleza del objeto a estudiar—, la Teoría Fundamental del Derecho, en su tarea de determinar el concepto del derecho y los conceptos y formas esenciales de lo jurídico, debería de articularse a partir de una comprensión totalizadora del fenómeno jurídico, en cuanto entidad ideal-real, a un tiempo. Quiere significarse con ello, en definitiva, que la estructura y las formas del derecho hay que entenderlas, de un lado, en conexión con el sistema de valores (fines) que el derecho ha de realizar —en este sentido, determinadas estructuras y formas del derecho constituyen una exigencia directa de la justicia o de la seguridad en cuanto fines del derecho— y, de otro lado, que hay que buscar, a la vez, la raíz, la explicación de esas formas lógicas que el derecho reviste en los factores mismos de la vida social (“naturaleza de la cosa”) a los que el derecho ha de ajustarse y con cuya significación real, material, el derecho tiene que contar (85).

De ahí, que el proceso metódico a través del cual se constituye la Teoría Fundamental del Derecho precise desenvolverse en un doble plano: de un lado, en estrecha conexión con ese capítulo de la Filosofía del Derecho que tiene por objeto la investigación de los valores, de los fines que debe realizar el derecho (Derecho natural, axiología o estimativa jurídica); de otro lado, en íntimo contacto con los datos empíricos, normativos y fácticos que les proporciona la ciencia jurídica.

Veamos por separado la significación y el alcance de esos dos momentos:

a) Ante todo hay que insistir en que un planteamiento filosófico, ontológico, de la Teoría Fundamental del Derecho —el cual presupone una contemplación totalizadora, plena, del ser del derecho— no puede quedarse reducida al estudio de la dimensión formal, lógica o estructural

(85) En este sentido, cfr. HENKEL, HEINRICH: *op. cit.*, en especial pág. 471 y ss.

del mismo (86), sino que tiene que penetrar, en su desenvolvimiento, hasta el núcleo material del derecho, pues los valores, los fines que sirve el derecho, no son sólo trascendentes al mismo, sino que, en la medida en que son asumidos y realizados de algún modo por él, le son también inmanentes y devienen, desde ese momento, factores constitutivos del derecho.

A este respecto interesa advertir que la referencia a ese cosmos de valores, hacia los cuales el derecho se orienta y en cierta medida realiza, no entraña, como en algún momento pudo pensar Bobbio (87), recaída en el formalismo, ni en el relativismo. Hoy se admite como posible la racionalidad y, por lo mismo, la objetividad, en el conocimiento de los valores —incluida la justicia—, si bien, entendiendo dicho conocimiento no como “algo cerrado y concluso en un momento cualquiera del tiempo, sino como un proceso siempre abierto y en constante perfeccionamiento” (88).

En definitiva, la idea central que tratamos de desarrollar se resume en la necesidad de conectar y fundamentar la investigación lógico-formal del derecho en la ético-material, pues aquélla ni absorbe, ni excluye, ni sustituye a ésta, como en alguna ocasión pudo pensarse, sino que la presupone, encontrando en el proceso de su integración en conexión con la misma su auténtico rango filosófico y sus perspectivas más fecundas.

Desde el punto de vista de este planteamiento tendríamos entonces que el *Derecho natural* —que, como es sabido, no excluye la consideración

(86) Así aparece, por ejemplo, bajo la denominación de «*ontología jurídica*» en las obras de Bobbio. Cfr. al respecto: *Per una classificazione delle norme giuridiche*, en «*Studi per una teoría generale del diritto*», cit., pág. 30; *Teoría della norma giuridica*, cit., págs. 233 y ss.

Cfr. Díaz, Elías: *op. cit.*, págs. 262, 263, 264, 349, 388 y ss.

Esta actitud puede encontrar su fundamentación en el plano de la filosofía general, en donde, para determinadas corrientes del pensamiento moderno, la *ontología* —separada de la «*metafísica*»— se configura como aquel capítulo de la teoría de la realidad que estudia la forma del ser. La ontología sería así «la teoría de la forma del ser». El objeto de la ontología, dice Hessen, «es el ente desde el punto de vista de su estructura más general... La ontología investiga inclusive los conceptos más generales del ser, y con ello pone los fundamentos de todas las ciencias del ser, ciencias que, por tanto, dependen lógicamente de la ontología, estriban en la ontología». *Tratado de filosofía*, trad. esp. del cap. «Teoría de la realidad», de Lucía Piossek Prebisch, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1970, pág. 708; cfr. páginas 707, 714, 715, 723 y ss.

(87) Cfr. *Due teorie generali del diritto in lingua francese*, cit. págs. 109 y ss, en especial págs. 112 y ss., y 120 y ss.

(88) Díaz, Elías: *op. cit.*, págs. 409 y 410, cfr. págs. 400 a 413.

del Derecho positivo, sino que, por el contrario, se preocupa de subrayar la continuidad lógica y ontológica existente entre ambos— y la *Teoría Fundamental del Derecho*, en cuanto capítulos fundamentales de la *Filosofía del Derecho*, no constituyen dos saberes inconexos, sino dos dimensiones, dos puntos de vista —que recíprocamente se requieren y complementan— de considerar la misma y única realidad del derecho. Así nos encontramos, de un lado, que el estudio del Derecho natural y la comprensión de su temática requiere del concurso de una serie de categorías jurídicas —ley, norma, relación jurídica, sujeto de derecho, deber jurídico, Derecho subjetivo, sanción, etc.— cuyo estudio específico es tarea propia de la Teoría Fundamental del Derecho (89); de otro lado tenemos —y ello es lo que más interesa aquí al objeto de nuestro estudio— que la razón de ser, la fundamentación radical, filosófica, última, de esas categorías, sólo es posible encontrarla a través de un planteamiento ético-material de la Teoría Fundamental del Derecho, porque, como indicábamos con anterioridad, determinadas estructuras y formas del derecho constituyen una exigencia de la justicia o de la seguridad, en cuanto fines del derecho, y sólo pueden ser suficientemente explicadas y justificadas desde el nivel filosófico propio de los fines del derecho.

Como muestra de ello, y a título de ejemplo, baste reflexionar sobre la significación de los siguientes temas:

— *El carácter general y abstracto de la norma jurídica* que encuentra su fundamentación filosófica en las notas de la justicia y en las exigencias de la seguridad jurídica, en cuanto fines del derecho. La igualdad, en cuanto nota especificadora de la justicia, explica suficientemente el carácter general de la norma jurídica; la idea de seguridad jurídica justifica, por otra parte, los términos abstractos en que, por lo general, suele expresarse el derecho (90).

— El proceso de reducción de la pluralidad de las fuentes materiales del derecho al sistema unitario de fuentes formales en que consiste el

(89) Cfr. RADBRUCH, GUSTAVO: *Filosofía del derecho*, cit., págs. 40, 50 y 51; *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. esp. de Wenceslao Roces, 3.ª ed. Fondo de Cultura Económica, México, págs. 48 y 49.

RECASÉNS SICHES, LUIS: *Tratado general de filosofía del derecho*, cit. PRECIADO HERNÁNDEZ, RAFAEL: *op. cit.*, págs. 127 y ss.

(90) RADBRUCH, GUSTAVO: *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., pág. 47. Cfr. BOBBIO, NORBERTO: *Teoría della norma giuridica*, cit., págs. 233 y 234; *Per una classificazione delle norme giuridiche*, cit., págs. 25 a 27.

ordenamiento jurídico; proceso al que en modo alguno son ajenas las exigencias de la seguridad jurídica, al pretender encontrar un punto ideal de imputación con referencia al cual sea posible determinar, de modo indubitado, el derecho formalmente válido.

— La significación de la *relación jurídica* en cuanto dimensión ontológica del orden jurídico (el derecho sólo puede realizarse bajo la forma de relación jurídica, estableciendo relaciones jurídicas), que encuentra su fundamentación última en la "alteridad", como nota propia de la justicia (*iustitia est ad alterum*) (91).

— Muchos principios y formas esenciales de la *institución del proceso* encuentran su raíz y justificación última en las ideas de justicia (imparcialidad e independencia del juez, igualdad de las partes en el proceso, derecho del acusado a ser oído y a defenderse ante el tribunal antes de ser condenado...) y de seguridad jurídica (sumisión del juez a la ley, principio de legalidad de los delitos y de las penas en su proyección procesal, publicidad de las actuaciones procesales, medidas de aseguramiento de la prueba y de ejecución de la sentencia, constancia de los actos procesales, firmeza de la cosa juzgada, unidad y continuidad de la jurisprudencia, etc.) en cuanto fines del derecho (92).

b) La Teoría Fundamental del Derecho precisa desenvolverse, de otro lado, en contacto directo con el Derecho positivo y las ciencias que hacen del mismo su objeto.

Dicho contacto, que constituye una exigencia metodológica, como de inmediato vamos a ver, contribuiría a acabar con la inexplicable situación a que frecuentemente se ha llegado de encontrarnos con una Filosofía del Derecho desconectada de los problemas reales, vitales, del derecho y de la ciencia jurídica (93), y con una ciencia jurídica completamente desinteresada de la Filosofía del Derecho.

(91) S. Th. II-II. q. arts. 2 y 10.

Cfr. mi art. *Relación jurídica y cambio social*. Comunicación presentada al Congreso Mundial de filosofía jurídica y social. Madrid, septiembre de 1973, y publicado en «Anales de la Universidad de Murcia», vol. XXX, núms. 1-2, curso 1971-72, págs. 16 y 17.

(92) Cfr. COING, HELMUT: *op. cit.*, págs. 251 y ss. HENKEL, HEINRICH: *op. cit.*, páginas 551 y ss.

(93) Aún poseen actualidad las palabras de Bergbohm, de que «a pesar de la intensidad que tuvo en otras épocas, la colaboración de la filosofía en la solución de

En el desarrollo de su programa, la Teoría Fundamental del Derecho precisa del contacto con los hechos, con la experiencia jurídica —la esencia se percibe a través de la existencia— y un constante diálogo con las ciencias jurídicas, especialmente con la Dogmática y la Teoría General del Derecho —que, como anteriormente se ha indicado, no constituye un saber filosófico sino científico—. La Teoría Fundamental del Derecho recoge los datos que le proporcionan el Derecho positivo y la ciencia jurídica (Dogmática y Teoría General del Derecho, especialmente), esto es, las estructuras y las formas que ha revestido y reviste el Derecho positivo (94), y los pone en contacto con los valores, con los fines que el derecho debe realizar y que, en cuanto inmanentes al mismo, lo constituyen y especifican como tal derecho. La Teoría Fundamental del Derecho busca así en ellos la raíz, el fundamento último, de esas formas y estructuras, fijando su carácter puramente histórico o accidental, o, por el contrario, su significación esencial, fundamental, por razón de la cual se constituyen precisamente en objeto de la Teoría Fundamental del Derecho. Con ello se persigue distinguir y separar en el ámbito de las estructuras y de las formas del derecho —tarea que no siempre se podrá realizar con un grado de certeza y seguridad total por la naturaleza misma del conocimiento filosófico— lo esencial o fundamental de lo accidental o contingente.

los problemas del derecho ha sido cada vez menor en el curso de los últimos años”, cita. por SCHREIER, FRITZ: *op. cit.*, págs. 19 y 20.

Bobbio subraya la necesidad del contacto del conocimiento filosófico con el científico en los siguientes términos: «Si la ciencia es toma de posesión y la filosofía es toma de posición, no puedo, en modo alguno, pensar en una toma de posición que no se funde sobre una previa toma de posesión. Si tomo posición frente a una realidad cualquiera sin conocerla, es decir, sin saber de ella todo lo que el conocimiento científico permite saber, mi toma de posesión. es arbitraria y, por tanto, ineficaz, subjetiva y carente de fuerza convincente para los demás”. *Teoría della scienza giuridica*, G. Giappichelli, Ed. Torino, 1950,, págs. 23 y 24.

Legaz, por su parte, advertía que «la filosofía no puede tener un campo de acción distinto del de la ciencia. Cuanto más contacto con el saber científico tenga un filósofo —dice—, tanto más sólida y eficaz será su filosofía. Quien abandona la ciencia termina o en la retórica o en el solipsismo». *Filosofía del derecho*, cit., página 17. Cfr. DÍAZ, ELÍAS: *op. cit.*, págs. 338 y ss.

(94) Cfr. SCHREIER, FRITZ: *op. cit.*, págs. 140 y 141.

Stammler había apuntado ya en este sentido: las “formas puras de las nociones de derecho (que constituyen para él el objeto de la filosofía jurídica), no son precisamente algo inmanente al hombre; no gozan de una existencia aparte. Sólo se manifiestan dentro de un derecho históricamente condicionado, y se le revelan a cada individuo en los hechos concretos de su vida jurídica». *Tratado de filosofía del derecho*, cit., págs. 6 y 7.

Desde esta perspectiva, la Teoría General del Derecho, en cuanto saber autónomo, específico, se relativiza y diluye para reducirse a un momento del proceso metódico de constitución de la Teoría Fundamental del Derecho, por la que es asumida y trascendida.

Murcia, abril de 1975

The Significance and Function of the Fundamental Theory of Law (Summary)

The logical-formalist investigation of the Law — the study of the concept of Law and of its fundamental forms — which is an essential study for a secure knowledge of the institutions and norms that constitute the juridical set-up, occupies a particular position in contemporary juridical thought.

Juridical positivism attempted to satisfy this need for a juridical theory and practice by means of the development of a programme of *general theorie of Law*, which claimed to constitute the only possible philosophy of Law (it was a reduction of Philosophy of Law to a general theory of Law). However, the epistemological and methodological limitations of juridical positivism prevented this general theory of Law — which has had many different forms and scopes — from getting beyond the ambit of juridical science, and reaching the area of philosophical knowledge.

The various attempts to overcome juridical positivism, from different viewpoints and with different aims, have underlined the ethical-material significance of the Law, as also the possibility, indeed the necessity of harmonizing the logical-formal study of the Law with its ethical-material considerations. In this way we have tried to show how the essential forms of the Law are not pure logical abstractions, unconnected and independent of juridical material, but rather — in different ways, and to differing extents — are closely connected to the *finalities* of the Law and to the various conditions of social life which the law regulates.

Within this framework of juridical thought, and of some significance, we have talked of a *fundamental theory of Law* as a specific topic of juridical philosophy. This theory, apart from the study of the ethical-material dimension of the Law, tries to discover and formulate the concept of the Law and of the essential forms of juridical reality. These forms, of ontological, structural character, have their roots in the very essence of the law; they find there their exact sense and real foundation. This fundamental theory of the Law delineates the existing interpretations and concordances between the formal dimension of the law and the ethical-material one, thus allowing us to reach a comprehensive vision of the Law, which is really philosophical.