

Filosofía del Derecho *versus* teoría del Derecho

Por MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE
Madrid

I. INTRODUCCIÓN

Muchas son las voces que en las últimas décadas se han alzado poniendo de manifiesto la supuesta «crisis» de la filosofía del Derecho, que iría pareja a la «crisis» del positivismo jurídico. En efecto, la filosofía del Derecho, en cuanto surgió como filosofía del Derecho positivo, estuvo íntimamente unida a las características epistemológicas del positivismo jurídico, cuyo postulado básico, a grandes rasgos, se encuentra en entender que el único Derecho existente es el *derecho real*, sobre el cual se ha de centrar todo tipo de análisis científico-filosófico¹. Así, ya en 1969 HANS RYFFEL hablaba de la «cuestionabilidad» (*Fragwürdigkeit*) de la filosofía del Derecho² y de que la misma utilización del término *Rechtsphilosophie* es cada vez más inusual en Alemania.

Por otra parte, durante el último siglo han surgido, de nuevo y con más fuerza, las críticas a la filosofía en general, que tienen como lugar común

1. El término derecho real o «realidad del derecho» es un término plurívoco que se suele identificar con la *positivación* del derecho, en el sentido —utilizado por HENKEL— de «acontecimiento fáctico de establecimiento del derecho». En este punto, a veces se ha cometido el error de identificar el *derecho real* con el derecho legislado por una autoridad estatal, es decir, equiparar el derecho a la ley (positivismo legalista). Sin embargo, el «derecho real» o la «realidad jurídica» se puede entender también como «hecho social», es decir, como aquello que se basa en las costumbres sociales; o como «hechos de carácter psicológico», es decir, aquello que se basa en experiencias internas o convicciones jurídicas; también se puede entender como norma o sistema de normas; o como instituciones, o como las predicciones sobre lo que realizan los jueces, o como instrumento de control social..., dando así lugar a diferentes direcciones dentro del positivismo jurídico.

2. RYFFEL, HANS, *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie*, Luchterhand Verlag, Berlín, 1969, p. 19. Posteriormente, KAUFMANN, ARTHUR, *Wozu Rechtsphilosophie heute?*, Athenäum Verlag, Frankfurt a.m., 1971, se pregunta también «¿qué quiere decir que la filosofía del derecho se nos haya vuelto hoy día cuestionable (*fragwürdig*)?», p. 17; existe traducción castellana a cargo de ANDRÉS OLLERO bajo el título de *Sentido actual de la filosofía del Derecho*, en «Anales de la Cátedra de Francisco Suárez», núm. 12, 1, 1972, pp. 7-36.

el aludir a la «muerte» de la misma. Si bien es cierto que la crisis de la filosofía del Derecho no se puede reducir simplemente —como señala OLLERO— a una «proyección regional del descrédito del saber filosófico en la civilización tecnificada»³, sino que existen otras causas diferentes, sin embargo, también lo es que estas últimas surgen siempre como añadido o como coadyuvante a la pretendida certificación de «muerte de la filosofía». En efecto, nuestro siglo ha estado y sigue estando dominado por el «dogmatismo» de la ciencia y de la técnica. El triunfo del *positivismo lógico* y de la *filosofía analítica* pretendieron certificar la «muerte de la filosofía», fundamentándose en la no aceptación de ningún tipo de especulación que no tenga en cuenta el dato de la ciencia positiva, ya que ésta es la única que puede aportar *certeza* al conocimiento y utilidad a la existencia humana. Recuérdese al respecto la apología del triunfo de la «razón instrumental» expresada por HORKHEIMER⁴. Así pues, como ha señalado RYFFEL, «el lugar de la filosofía lo ha ocupado en nuestra sociedad la ciencia». No obstante, quedarían «problemas residuales» que no pueden ser resueltos por la ciencia y de los cuales se ocuparía, por tanto, la filosofía. De esta manera, la filosofía se convierte —como dice CARNAP—⁶ en la lógica de las ciencias o en una *teoría* de la ciencia (*epistemología*)⁷, cuya misión sería resolver todos aquellos problemas de carácter *metacientífico* que la ciencia da por supuestos. Por tanto, podríamos decir que, en nuestro siglo, la epistemología ha quedado definitivamente en manos de los filósofos.

Paralelamente, la filosofía del Derecho pasó también a ser *lógica* de las ciencias jurídicas precisamente porque asumiendo que las ciencias jurídi-

3. OLLERO TARRASA, ANDRÉS, *Una filosofía jurídica posible*, en «Anales de la Cátedra de Francisco Suárez», núm. 15, 1975, pp. 247-278 (la referencia en p. 247).

4. Cfr. HORKHEIMER, MAX, *Crítica de la razón instrumental*, traducción castellana de H. A. MURINA y D. J. VOGELMANN, Ed. Sur, Buenos Aires, 2.ª ed., 1973.

5. RYFFEL, Hans, *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie*, cit., p. 32; cfr. también LEVI-STRAUSS, C., *Criterios científicos en las disciplinas sociales y humanas*, traducción castellana de F. CASTILLA, Valencia, Cuadernos Teorema, 1978.

6. Cfr. CARNAP, RUDOLF, *Filosofía y sintaxis lógica*, traducción castellana de CÉSAR N. MOLINA, México, UNAM, 1963.

7. Sobre el desarrollo de la teoría de la ciencia en los últimos años, véanse, entre otros, KUHN, S., *La estructura de las revoluciones científicas*, traducción castellana de A. COTIN, México, Fondo de Cultura Económica, 1971; FEYERABEND, PAUL, *Tratado contra el método. Esquema de una teoría empirista del conocimiento*, traducción castellana de D. RIBES, Madrid, Ed. Tecnos, 1981; WUCHTERL, K., *Methoden der Gegenwartsphilosophie*, Stuttgart, 1977; BUNGE, M., *Epistemología*, Barcelona, Ed. Ariel, 1980; NAGEL, E., *La estructura de la ciencia*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1974; MUGUERZA, J., *Nuevas perspectivas en la filosofía contemporánea de la ciencia*, en «Teorema», núm. 3, Valencia, 1973; LAKATOS, I., y MUSGRAVE, A. (eds.), *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, traducción castellana de FRANCISCO HERRAN e introducción de J. MUGUERZA, Barcelona, Ed. Grijalbo, 1975; LAKATOS, I., *La historia de la ciencia y su reconstrucción racional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975; del mismo autor, *La metodología de los programas de investigación científica*, Madrid, Alianza Ed., 1983; LEVI-STRAUSS, C., *Criterios científicos en las disciplinas sociales y humanas*, cit.; POPPER, K., *La lógica de la investigación científica*, traducción castellana de V. SANCHEZ DE ZAVALA, Madrid, Ed. Tecnos, 1965; del mismo autor, *El desarrollo del conocimiento científico*, traducción castellana de N. MIGUEZ, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1968; *Conocimiento objetivo*, traducción castellana de C. SOLIS, Madrid, Ed. Tecnos, 1974; AYER, A. J.; GELLNER, E., y KUZNETSON, I. V., *Filosofía y ciencia*, traducción castellana de R. BENEYTO, Valencia, Cuadernos Teorema, 1975.

cas particulares tengan efectivamente carácter científico, «la teoría de la ciencia jurídica —como han señalado LAPORTA, HIERRO y ZAPATERO— se muestra como una metaciencia en relación a aquéllas»⁸. Y ello porque las «ciencias jurídicas» introducidas por la tradición positivista se ocupan de estudiar el Derecho sólo desde una determinada perspectiva, es decir, son estudios particulares del «Derecho positivo»; pero, sin embargo, no resuelven los problemas relacionados con el *status* del conocimiento jurídico, a saber, «la formalización de su objeto, la definición de su perspectiva y la estructura de su método»⁹. La teoría de la ciencia jurídica se ocupa, pues, de determinar el estatuto epistemológico de dicha ciencia o, dicho con otra palabras, de la metodología del conocimiento jurídico, porque, como ya dijera BOBBIO, «... el problema metodológico es problema filosófico, en cuanto es el problema del valor de la ciencia en particular, y por lo que a nosotros respecta, de la Ciencia del Derecho»^{9 bis}.

Por otra parte, en los últimos años —como señala KAUFMANN— se propuso a discusión —y parece que tuvo en principio cierta aceptación por su aparente simplicidad— «un esquema según el cual la teoría del Derecho debe ocuparse de las estructuras lógico-formales del Derecho, la sociología jurídica de las sociológicas y la filosofía del Derecho quedaría reducida a una reflexión crítica sobre los valores jurídicos y sobre la fundamentación del Derecho»¹⁰. Ahora bien, dicho esquema propuesto exigiría algunas aclaraciones previas, en el sentido de si la teoría del Derecho y el análisis sociológico del Derecho son disciplinas filosóficas o si, por el contrario, constituyen disciplinas científicas diferenciadas de la filosofía del Derecho¹¹ o, incluso, si se plantean como sustitutivas de ésta¹².

2. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Históricamente, la *teoría general del Derecho* surgió a finales del siglo XIX a raíz del triunfo del positivismo jurídico, paralelamente, en dos ámbitos idiomáticos: en Inglaterra, bajo la denominación de «Analytical jurisprudence» y de la mano de JEREMY BENTHAM y JOHN AUSTIN; y en Alemania, bajo la denominación de «allgemeine Rechtslehre», de la mano de au-

8. LAPORTA, F. J.; HIERRO, L. L., y ZAPATERO, V., *Algunas observaciones sobre la situación de la filosofía del Derecho en la actualidad*, en «Anales de la Cátedra de Francisco Suárez», núm. 15, 1975, pp. 93-120 (la referencia se encuentra en p. 110).

9. ROBLES MORCHON, G., *Introducción a la teoría del Derecho*, Madrid, Ed. Debate, 1988, p. 101.

9.bis. BOBBIO, N., *Teoria della scienza giuridica*, Turín, Giappichelli, 1950, p. 42.

10. KAUFMANN, ARTHUR, *Sentido actual de la filosofía del Derecho*, cit., p. 20; cfr. también ROTLEUTHNER, HUBERT, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Freiburg/München, 1980.

11. Como ejemplo de intento de sustitución de la filosofía del Derecho por la sociología jurídica puede citarse la sociología sistémica del derecho propugnada por LUHMANN, N., *Rechtssoziologie*, 2. Aufl., Opladen, 1983.

12. Cfr. al respecto la diferenciación que hace HEINER ALWART, *Recht und Handlung*, Tübingen, Mohr, 1987, entre filosofía del Derecho, por una parte, y teoría y sociología del Derecho, por otra, en cuanto ciencias particulares.

tores tales como A. MERKEL, K. BERGBOHM y, posteriormente, H. KELSEN. Inicialmente, la teoría general del Derecho fue elaborada como una teoría del Derecho positivo que tenía por objeto encontrar la posibilidad de elaborar un concepto de derecho, así como unos conceptos jurídicos fundamentales tales como el concepto de «deber jurídico», de «derecho subjetivo», de «norma», de «validez», de «deber ser», etc. Como tal *teoría* del Derecho positivo fue considerada como la única filosofía del Derecho que era posible realizar, es decir, que esta última fue reducida, en el ámbito del positivismo jurídico, a una teoría general del Derecho¹³. Si como consecuencia del positivismo jurídico el derecho se reduce a un Derecho positivo, entonces la filosofía del Derecho necesariamente tendría que ser una filosofía del Derecho positivo, y ésta no es sino una teoría general del Derecho, que tenga por objeto la búsqueda de los conceptos y formas fundamentales del Derecho.

Las tesis básicas de la teoría general del Derecho las ha resumido RALF DREIER en las tres siguientes: «primero, las normas jurídicas son mandatos de una autoridad exterior competente; segundo, no existe ninguna relación necesaria entre el Derecho y la moral, y tercero, la tarea de la teoría del Derecho es el análisis lógico de los conceptos fundamentales del Derecho»¹⁴. Ahora bien, es preciso tener en cuenta que la primera de estas tesis ha sido hoy día abandonada, especialmente desde el triunfo de las «teorías realistas» del Derecho, que surgen como una nueva versión de la teoría general del Derecho. Las «teorías realistas» entienden que la función de la teoría general del Derecho consiste en la realización de investigaciones sociológicas y psicológicas del derecho, con lo cual consideran la positividad del derecho «no en el hecho de su imposición por medio de una autoridad exterior competente», sino «en el hecho de su aplicación y en su cumplimiento o en su reconocimiento por jueces y ciudadanos»¹⁵.

Ahora bien, inicialmente la teoría general del Derecho no surge como una «teoría de los conceptos jurídicos fundamentales» de todo derecho posible, sino como una teoría general de los conceptos fundamentales «inducidos de la dogmática de un derecho positivo», con lo cual dichos conceptos sólo tienen —como señala GONZALEZ VICEN— «valor de principio para este mismo Derecho, y la filosofía jurídica se convierte, en último término, en "abstracción" formalista de una ciencia del Derecho nacional»¹⁶.

13. Cfr. MONTORO BALLESTEROS, A., *Significado y función de la teoría fundamental del Derecho*, en «Anales de la Cátedra de Francisco Suárez», núm. 15, 1975, p. 218.

14. DREIER, RALF, «Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?», en *Recht. Moral. Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, Frankfurt a.m., Suhrkamp Verlag, 1981, pp. 17-47 (la referencia en p. 18); existe traducción castellana a cargo de G. ROBLES MORCHON, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», núm. 52, 1978, pp. 111-138.

15. DREIER, R., *op. cit.*, p. 11.

16. GONZALEZ VICÉN, F., *El positivismo en la filosofía del Derecho contemporáneo*, en *Estudios de filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1979, pp. 47-140 (la referencia se encuentra en p. 66).

La superación de esta limitación inicial la podemos encontrar en el programa de la llamada *Teoría de los conceptos jurídicos fundamentales* de AUSTIN, BIERLING y SOMLO¹⁷, cuya misión es la de elaborar un concepto del Derecho y de los conceptos y formas jurídicas fundamentales desde una perspectiva totalizadora, con lo cual se constituye en una dimensión o parte de la filosofía del Derecho. Tiene, pues, un planteamiento ontológico que no se limita sólo «al estudio de la dimensión formal, lógica o estructural» del Derecho, sino «que tiene que penetrar en su desenvolvimiento hasta el núcleo material del derecho...»¹⁸. Se trata, por tanto, de la elaboración de unas nociones formales que se encuentran en la base de todo derecho posible. Con lo cual, como acertadamente ha señalado GONZÁLEZ VICÉN, «el Derecho no aparece en esta dirección como un orden positivo concreto, ni siquiera como un conjunto de proposiciones con contenido determinado, sino como un sistema normativo abstracto. Como tal sistema el Derecho posee una estructura permanente en cuya base se hallan unos conceptos fundamentales. La formulación de estos conceptos es el contenido propio de la filosofía del Derecho»¹⁹.

De esta manera, la reivindicación del análisis lógico-formal del Derecho como análisis filosófico, y no científico, pasa necesariamente por un planteamiento *ontológico* de dicho análisis. Por ello, como ha señalado DELGADO PINO, «cuando la teoría general del Derecho, bien partiendo de una elucidación explícita de sus supuestos epistemológicos y metodológicos, bien prescindiendo de ella, se presenta como teoría de la estructura conceptual de todo derecho posible, entonces estamos ante una verdadera filosofía del Derecho *sui generis* que no quiere reconocerse como tal...»²⁰.

Dicha *ontologización* de los problemas lógico-formales del Derecho conduciría entonces a la elaboración de unos «conceptos jurídicos puros» de carácter *apriorístico* como propugnara la filosofía neokantiana, o a la elaboración del concepto universal del Derecho como propugnara el formalismo fenomenológico. De esta forma —como señala RECASÉNS SICHES—, se pretendería elaborar unos «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 del Derecho y a todo conocimiento científico de éstas»²¹.

17. AUSTIN, JOHN, *Lectures on jurisprudence or the Philosophy of positive Law*, Londres, Ed. R. Campbell, 2 vols., 1911; BIERLING, *Juristische Principienlehre*, 5 vols., Tübingen, Mohr Verlag (existe una nueva edición en Scientia Aalen, 1961); *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 1877/1883, Scientia Aalen, 1961; SOMLO, *Juristische Grundlehre*, 2. Aufl., Leipzig, 1927.

18. MONTORO BALLESTEROS, A., *Significado y función de la teoría fundamental del Derecho*, cit., pp. 241-242.

19. GONZALEZ VICÉN, FELIPE, *El positivismo en la filosofía del Derecho contemporáneo*, cit., p. 67.

20. DELGADO PINTO, J., *Los problemas de la filosofía del Derecho*, cit., p. 33.

21. RECASÉNS SICHES, L., *Tratado general de filosofía del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 6.^a ed., 1978, p. 12.

Ahora bien –como acertadamente ha señalado DELGADO PINO–, «a la altura de nuestro tiempo no parece posible mantenerse en el neokantismo como base sobre la cual el filósofo del Derecho pudiera apoyar su propia reflexión teórica»²². A la teoría general del Derecho se le abren hoy día nuevos caminos. No obstante, existen tendencias que pretenden reivindicar, junto al análisis lógico-formal del derecho, su significación ético-material, reivindicando de nuevo una visión totalizadora del fenómeno jurídico. Así, desde el ámbito jurídico anglosajón, recientemente, RONALD DWORKIN ha caracterizado a la teoría general del Derecho con el doble sentido de ser, a la vez, «conceptual y normativa», lo cual implica la reivindicación de su carácter filosófico y el reconocimiento de que «dependencias recíprocas de las diversas partes de una teoría general del Derecho son... complejas». De la misma manera –prosigue DWORKIN–, «una teoría general del Derecho tendrá múltiples conexiones con otros dominios de la filosofía. La teoría normativa vendría incorporada en una filosofía moral y política más general, que, a su vez, pueda depender de teorías filosóficas que hagan referencia a la naturaleza humana o a la objetividad de la moralidad. La parte conceptual se inspirará en la filosofía del lenguaje y, por ende, en la lógica y en la metafísica. El problema de qué es lo que significan las proposiciones jurídicas y de si son siempre verdaderas o falsas, por ejemplo, establece inmediatamente conexiones con difícilísimas y muy controvertidas cuestiones de lógica filosófica. Por tanto, una teoría general del Derecho debe asumir constantemente una u otra posición –discutida– sobre problemas de la filosofía que no son estrictamente jurídicos»²³.

A la vista de ésta y otras posturas similares, parece que se ha producido en la actualidad una ruptura entre el positivismo jurídico y el ámbito de lo que hoy en día se ha de entender por teoría general del Derecho. Así, en esta línea de pensamiento tienen que ser entendidas las palabras de PECES-BARBA cuando sitúa la teoría general del Derecho en el ámbito de la filosofía del Derecho «y no en el de la ciencia jurídica, porque ésta es una ciencia empírica que tiene su misión de informar, de elaborar y de ordenar los ordenamientos positivos, mientras que la teoría del Derecho o teoría general del Derecho pretende establecer el concepto y el significado del Derecho basado, por supuesto, en la información que proporciona la ciencia, pero con un nivel de abstracción y de generalidad en el marco de la historia y de la cultura jurídica...»²⁴. Sin duda, también, en este marco de ruptura entre positivismo jurídico y teoría general del Derecho han de considerarse las opiniones de CARLOS SANTIAGO NINO, para quien «... la teoría general del Derecho aparece como un vano ejercicio conceptual cuando se la pretende encarar en forma pura»; sin embargo, este autor considera que

22. DELGADO PINTO, J., *Los problemas de la filosofía del Derecho*, cit., p. 34.

23. DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, traducción castellana de MARTA GUSTAVO, Barcelona, Ed. Ariel, 1.ª ed., 1984, pp. 32-33.

24. PECES-BARBA, G., *Introducción a la filosofía del Derecho*, Madrid, Ed. Debate, 1984, p. 185.

«ella se convierte en una empresa intelectual considerablemente fructífera cuando se la desarrolla en conexión con preocupaciones explicatorias y justificatorias acerca del Derecho». En base a ello, NINO cree que «el rumbo de la teoría general del Derecho está marcado por sus conexiones tanto con teorías descriptivas como con teorías valorativas acerca del Derecho que ponen de manifiesto propiedades relevantes que el esquema conceptual debe recoger y problemas que debe ayudar a esclarecer»²⁵.

Ahora bien, tras todo este tipo de posturas actuales subyace, en mi opinión, lo que podría denominarse la crisis epistemológica del positivismo jurídico y, con ella, la crisis epistemológica de la filosofía del Derecho positivo en cuanto reflexión filosófica específica desarrollada en el ámbito del positivismo jurídico. Todo esto supone también —como señala ROBLES MORCHON— una crisis de «las concepciones meramente descriptivas»²⁶ y unitarias del Derecho²⁷, a la par que una crisis de la teoría general del Derecho en cuanto estudio meramente formal del Derecho. De las causas y consecuencias de dicha «crisis» me ocuparé más detenidamente en el epígrafe siguiente.

3. FILOSOFÍA DEL DERECHO «VERSUS» TEORÍA DEL DERECHO

Según lo dicho hasta ahora, partimos de la idea de que las características epistemológicas del positivismo jurídico y de la reflexión filosófica que le es propia han entrado actualmente en «crisis»²⁸. Sin embargo, esto no quiere decir que se vuelva de nuevo a la teoría del Derecho natural ni a la metafísica ni al positivismo ortodoxo, puesto que —como ha señalado KAUFMANN— en la actualidad «han quedado bloqueados tanto el camino de vuelta al Derecho natural... como el de retroceso al positivismo legal. Sabemos que la vieja contienda entre Derecho natural y positivismo ha encajado hace tiempo en un banco de arena»²⁹.

Por tanto, la actual reflexión filosófico-jurídica ha de discurrir —según terminología de WELZEL— «más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico»³⁰, pero teniendo en cuenta al positivismo o, mejor dicho, al «talante» positivista que ha marcado —y aún sigue marcando— todo el pen-

25. NINO, CARLOS S., «La nulidad jurídica y el papel de la teoría general del Derecho», en *La validez del Derecho*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1985, pp. 197-207 (la referencia se encuentra en p. 197).

26. ROBLES MORCHON, G., *Introducción a la teoría del Derecho*, cit., p. 75.

27. Sobre la superación de las concepciones meramente descriptivas del Derecho véase NINO, CARLOS, S., «El enfoque esencialista del concepto de Derecho», en *La validez del Derecho*, cit., pp. 175-195.

28. Cfr. ROBLES MORCHON, G., *Introducción a la teoría del Derecho*, cit., pp. 75 y ss.

29. KAUFMANN, ARTHUR, *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik*, traducción castellana a cargo de ANDRÉS OLLERO bajo el título de *Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica*, en «Anales de la Cátedra de Francisco Suárez», núm. 17, 1977, pp. 351-362 (la referencia se encuentra en p. 351).

30. WELZEL, HANS, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Córdoba (Argentina), 1962.

samiento moderno contemporáneo. Por tanto, se trata —como señala ROBLES— de «profundizar por nuevas veredas cuestiones sólo comprensibles en el marco de discusión acotado por el positivismo, ya que dicha "corriente decimonónica" ha marcado a la especulación de nuestro siglo el ámbito de discusión: la realidad existencial, no ideal o metafísica»; y además, «el propio positivismo evolucionado (el positivismo lógico) ha llevado a la filosofía a un punto de confluencia con otras tradiciones epistemológicas: a la plataforma común del *lenguaje*»³¹.

Esto no es obstáculo para reconocer que algunos de los postulados epistemológicos básicos del positivismo jurídico fueron puestos en cuestión en las últimas décadas y hoy en día han sido totalmente superados, lo cual ha producido también un cambio en la reflexión teórico-filosófica sobre el Derecho. Por ejemplo, tras la Segunda Guerra Mundial se pone en cuestión la concepción *descriptiva* de la realidad y, por lo que a nosotros respecta, del Derecho; según dicha concepción se había relegado al plano de la «ideología» toda la problemática relacionada con la racionalidad práctica, con la dimensión axiológica o con la decisión «correcta» o «justa» del Derecho. Se rechaza también el dualismo metódico kantiano de la tajante separación entre *deber ser* y *ser*, sobre el cual reposa el positivismo jurídico como doctrina filosófica³². Ejemplos de superación de este dualismo los podemos encontrar en la teoría jurídica marxista (BLOCH), en el neohegelismo (BINDER, LARENZ), en los defensores de la teoría de la «naturaleza de la cosa» (*Natur der Sache*), como HELMUT COING y GUSTAV RADBRUCH; en los neotomistas (VERDROSS, MARCIC) o en la teoría de las «estructuras lógico-objetivas» desarrollada por HANS WELZEL³³.

Como consecuencia de tal rechazo el Derecho ya no se considera como un sistema coherente de normas y, lo que es más importante, el Derecho ya no se identifica solamente con la «ley». Esta última sólo es un paso más en el proceso de realización del Derecho. La ley —como señala KAUFMANN— «ha de concretizarse siempre en la respectiva situación histórica; sólo en el caso y a través del caso se hace comprensible lo que "piensa" la ley»³⁴. A su vez, esta superación de la identificación entre Derecho y ley pone de manifiesto el problema de la *argumentación y de la decisión jurídicas* que había sido marginado por el positivismo. El Derecho, pues, no se «acaba» en la ley, en el «texto escrito»; y de poco sirve pensar que es suficiente con una mera aplicación y que —como ha señalado OLLERO— «sólo su "imperfección" le llevaría a tener que ser interpretada»³⁵. Antes al contrario, la

31. ROBLES MORCHON, G., *Introducción a la teoría del Derecho*, cit., pp. 133-134 y 136.

32. Cfr. KAUFMANN, ARTHUR, *Entre iusnaturalismo y positivismo hacia...*, cit., pp. 352 y ss.

33. Una panorámica de todas estas corrientes filosóficas se puede encontrar en KAUFMANN, A., y HASSEMER, W., *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, München, 1977.

34. KAUFMANN, A., *Entre iusnaturalismo y positivismo hacia...*, cit., p. 358; y, también, en *Rechtsphilosophie im Wandel*, Frankfurt a.m., Athenäum Verlag, 1972, pp. 135-171.

35. OLLERO TARRASA, A., *Una filosofía jurídica posible*, cit., p. 257.

«corrección» del Derecho no puede ser nunca segura, sino siempre aporética. «Precisamente —como ha señalado KAUFFMANN— en este punto de vista de que no hay nunca decisiones incuestionablemente correctas, se aparta la actual filosofía jurídica tanto del iusnaturalismo como del positivismo jurídico dado que ambos, cada uno a su manera, establecen apodícticamente la validez de las normas jurídicas y prohíben con ello una crítica que trascienda al sistema. Así, recientemente la hermenéutica jurídica... ha llegado a la convicción de que la "corrección" del derecho no puede tener su sitio en las normas jurídicas, sino que se encierra también en los contenidos materiales de la vida social —más exactamente en la *dialéctica* de contenido material vivo y norma, de ser y deber ser—. Esto quiere decir, pues, que el "derecho correcto" *no se da* como una entidad o como un *estado* que quepa encontrar acabado, sino que más bien *acaece históricamente* en un *proceso* que no llega nunca a su fin»³⁶.

Aparece, pues, en este horizonte una vía superadora a través de la *hermenéutica-analítica*³⁷ que ha puesto de relieve en el ámbito filosófico-jurídico la necesidad de comprender el Derecho mediante la interpretación lingüística y tomando como base, además, la *hermenéutica de la acción*³⁸. Esto implica, por una parte, que el texto legal es siempre ambiguo e incompleto, lo cual quiere decir que —como señala RUIZ MANERO comentando la obra de AARNIO— sobre el «texto normativo... aparece como posible semántica y/o jurídicamente más de una interpretación...»³⁹. Por otra parte, que el Derecho no sólo se encuentra y por lo tanto no se identifica solamente con los textos escritos, sino también —como señala ROBLES— con los «textos de la realidad social». Esto, a su vez, implica que «el texto casi nunca es un texto completo, sino que su comprensión integral sólo suele ser posible si se le conecta con *su* parte no escrita. Una regla jurídica escrita no puede ser entendida si no se le conecta *hermenéuticamente* con la realidad social a la que va dirigida, integrando dicha realidad como parte del texto completo de la regla en cuestión»⁴⁰. La consecuencia directa que a

36. KAUFFMANN, A., *Entre iusnaturalismo y positivismo hacia...*, cit., p. 354; y más extensamente en *Die Sprache als hermeneutischer Horizont der Geschichtlichkeit des Rechts*, 1969, recogido posteriormente en su obra *Rechtsphilosophie im Wandel*, cit., pp. 338-368; en el mismo sentido, LEICHT, ROBERT, «Von der Hermeneutik-Rezeption zur Sinnkritik in der Rechtstheorie», en *Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis*, hrsg. von A. KAUFFMANN, Karlsruhe, Verlag C.F. Müller, 1971, pp. 71-79, y HASSEMER, W., *Hermenéutica y Derecho*, en «Anales de la Cátedra de Francisco Suárez», núm. 25, 1985, pp. 63 y ss.

37. Cfr. GADAMER, H. G., *Wahrheit und Methode*, 4. Aufl., Tübingen, Mohr Verlag, 1975; existe también traducción castellana a cargo de A. AGUD APARICIO y R. AGAPITO bajo el título de *Verdad y método*, Salamanca, Ed. Sígueme, 1977.

38. Véase al respecto ALWARTH, H., *Recht und Handlung*, cit., quien fundamenta la actual reflexión filosófica-jurídica en la «hermenéutica de la acción» como vía superadora tanto de la fundamentación iusnaturalista como de las fundamentaciones sociologistas y de las lógico-jurídicas, propias del positivismo jurídico.

39. RUIZ MANERO, J., *Consenso y rendimiento como criterios de evaluación en la dogmática jurídica (en torno a algunos trabajos de A. AARNIO)*, en «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», núm. 2, 1985, pp. 209-222 (la referencia se encuentra en la p. 211).

40. ROBLES MORCHON, G., *Introducción a la teoría del Derecho*, cit., p. 161.

su vez se deriva de este nuevo planteamiento es el ya aludido rechazo al «descriptivismo» positivista.

Esta brevísima e incompleta reflexión sobre la panorámica actual deja vislumbrar la referida «crisis» del positivismo jurídico. Consecuentemente, el concepto de ciencia defendido por el positivismo ha sido puesto en cuestión desde distintas perspectivas teóricas, entre otras, por la «hermenéutica filosófica» (HEIDEGGER, GADAMER, BOLLNOW), por el «racionalismo crítico» (POPPER, ALBERT), por la «teoría crítica» de la Escuela de Frankfurt (HORKHEIMER, ADORNO, MARCUSE, HABERMAS), por la «nueva retórica» (PERELMAN, VIEHWEG), por las «teorías de la argumentación jurídica» (ALEXY, AARNIO, PECZENIK), por la «filosofía analítico-lingüística» y por la «epistemología constructivista» (GLASERSFELD).

Todo ello ha conducido actualmente a un *pluralismo metódico*⁴¹ que evidencia la ausencia de un modelo o «paradigma» epistemológico dominante. Quizá la vía superadora frente a la actual «dispersión epistemológica» la podemos encontrar —como recientemente ha apuntado ROBLES MORCHON— en el *linguistic turn* del pensamiento contemporáneo, el cual posibilita que la filosofía deje de ser teoría de la ciencia (al modo positivista) para convertirse en reflexión epistemológica analítica del lenguaje»⁴².

En el ámbito jurídico la superación de la polémica entre iusnaturalismo y positivismo jurídico encuentra también su camino en ese nuevo planteamiento de la *hermenéutica-analítica* del lenguaje jurídico. La reflexión filosófico-jurídica ha encontrado, pues, el camino hacia un nuevo planteamiento teórico y metodológico: «No se trataría ya de cómo *deducir lógicamente* el derecho a partir de unas normas rígidas —señala KAUFMANN—, sino que el planteamiento de la cuestión consistiría más bien en cómo puede el derecho ser *hermenéuticamente comprendido* partiendo del lenguaje histórico vivo»⁴³.

Todo lo dicho demuestra que la filosofía del Derecho en cuanto reflexión filosófica sobre el Derecho positivo, desarrollada en base al positivismo jurídico, ha entrado en «crisis». Actualmente ha surgido una nueva forma de hacer filosofía del Derecho o un nuevo tipo de reflexión filosófico-jurídica denominada *teoría del Derecho*, cuyo fundamento epistemológico gira en torno a la *hermenéutica analítica del lenguaje de los juristas* y que, necesariamente, ha de contar «con las aportaciones de la filosofía analíti-

41. Sobre el pluralismo metódico existente en la actualidad véase la clasificación realizada por WUCHTERL, K., *Methoden der Gegenwartsphilosophie*, cit., p. 7.

42. ROBLES MORCHON, G., *Introducción a la teoría del Derecho*, cit., p. 154.

43. KAUFMANN, A., *Entre iusnaturalismo y positivismo hacia...*, cit., p. 357; y más específicamente en *Die Sprache als hermeneutischer Horizont der Geschichtlichkeit des Rechts*, cit., pp. 338 y ss.

ca, de la filosofía empírica-positivista, de la hermenéutica y de la autopoietica o teoría de los sistemas sociales»⁴⁴.

Ante este nuevo planteamiento epistemológico, el término de *filosofía del Derecho*⁴⁵ ha caído también en desuso y en su lugar ha surgido la nueva denominación de *teoría del Derecho* (*Rechtstheorie*), en el ámbito germano, y *Legal Theory*, en el ámbito anglosajón⁴⁶. Así, ya en 1975 RALF DREIER escribía: «La filosofía del Derecho ha muerto, ¡viva la teoría del Derecho! (*Die Rechtsphilosophie ist tot, es lebe die Rechtstheorie!*)»⁴⁷. Y este cambio de denominación (al igual que ocurrió con la desaparición del término teoría del Derecho natural, a favor de la entonces nueva expresión filosofía del Derecho) implica naturalmente —como ya he señalado— un cambio en las estructuras epistemológicas que sustentan la actual reflexión teórico-filosófica del Derecho.

A la vista de lo dicho hasta ahora, quedaría por resolver la cuestión, en ningún modo baladí, de qué ha de entenderse por *teoría del Derecho* o, mejor dicho, cuáles son los ámbitos de desarrollo de la misma. Esta es una cuestión sobre la que todavía no parece existir una total unanimidad. Su contenido es en cierto sentido «cabalístico». Así, por ejemplo, en 1970 empezó a publicarse en Alemania una prestigiosa revista bajo el título de *Rechtstheorie* que acumula una considerable diversidad de enfoques; baste recordar tan solo su subtítulo, que reza así: *Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts* («Revista de Lógica, Metodología, Cibernética y Sociología del Derecho»). También en Alemania desde 1970 se publica otra revista cuyo título es *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* («Anuario de Sociología Jurídica y Teoría del Derecho»), cuyo número 2, publicado en 1972, llevaba por título «*Rechtstheorie*» als *Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft* («La teoría del Derecho como fundamentación científica de la ciencia jurídica»), recogiendo bajo dicho título trabajos sobre materias tan dispares como: *Erkenntnistheorie des Rechts* (Teoría del conocimiento del Derecho), *Logik des Rechts* (Lógica jurídica),

44. GALINDO, FERNANDO, *Autopoietica, ¿hermenéutica renovada? Sobre el método de la construcción de una teoría del Derecho*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», tomo V, 1988, pp. 307-348 (la referencia se encuentra en la p. 308). Asimismo RODRIGUEZ MOLINERO, M., *Teoría del Derecho como complemento o en sustitución de la filosofía del Derecho*, en «Anuario de Derechos Humanos», núm. 4, Madrid, 1986-87, pp. 339-357, señala como causas de la aparición de la actual *teoría del Derecho* «... tres importantes corrientes de pensamiento: en primer lugar, la formada por la conjunción del neopositivismo lógico y la filosofía analítica, por una parte; en segundo lugar, la "teoría crítica" o "kritische theorie" de la Escuela de Frankfurt; en tercer lugar, la influencia todavía más reciente de la teoría del sistema y sus temas (la referencia en pp. 341-342).

45. Término que tiene su origen a principios del siglo XIX, señalándose como «hito» más importante la aparición en 1921 de la obra de HEGEL titulada *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, así como las seis lecciones de J. AUSTIN, tituladas *The Province of Jurisprudence Determined*, que a su vez llevan el subtítulo de *A Philosophy of Positive Law*, publicado en 1832.

46. Ya en el año 1975 ANDRÉS OLLERO, *Una filosofía jurídica posible*, cit., p. 248, escribía que: «Lo que resulta incuestionable es que en el área alemana, viejo filón de la reflexión filosófico-jurídica europea, hablar hoy de *Rechtsphilosophie* suena a capricho de anticuario».

47. DREIER, R., *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*, cit., p. 17.

Begriffs- und Systemtheorie des Rechts (Teoría conceptual y sistémica del Derecho), *Entscheidungs- und Informationstheorie des Rechts* (Teoría de la decisión y de la información jurídicas) y *Sprach- und Argumentationstheorie des Rechts* (Teoría del lenguaje y de la argumentación del Derecho)⁴⁸.

En primer lugar, es preciso puntualizar que no ha de confundirse la «teoría general del Derecho» (*Allgemeine Rechtslehre*) con la «teoría del Derecho» (*Rechtstheorie*). Aquélla se constituiría hoy día como una parte de la teoría del Derecho, en concreto la parte más general de las partes generales de la dogmática jurídica. En este sentido la entiende, por ejemplo, RALF DREIER, para quien «la teoría del Derecho (*Rechtstheorie*) se viene desdoblado crecientemente en disciplinas particulares (*Teildisziplinen*) y teorías parciales (*Teilttheorien*). Como ejemplos de estas disciplinas particulares pueden citarse, junto a las en cierto modo ya clásicas, como la teoría general del Derecho (*Allgemeine Rechtstheorie*) y la teoría del método jurídico (*Juristische Methodenlehre*), la antropología jurídica, la lógica deóntica, la lingüística jurídica y la informática jurídica. La expresión «teoría general del Derecho», por consiguiente, significa hoy, si se quiere, una «Parte General» (*Allgemeine Teil*) de la teoría del Derecho en su conjunto»⁴⁹. Más recientemente ha indicado este mismo autor que una exposición completa de la «teoría del Derecho» tendría las siguientes partes: «—después de una introducción al concepto, la historia y la metodología de la teoría del Derecho— son: primero, una teoría general del Derecho (con los capítulos «Concepto del Derecho», «La norma jurídica», «El orden jurídico»), y segundo, una teoría de la ciencia del Derecho (con los capítulos «Concepto de la ciencia del Derecho», «Dogmática jurídica, metodología jurídica»)»⁵⁰.

Para otros autores, como, por ejemplo, ALEXANDER PECZENIK, ante la pregunta qué es la *teoría del Derecho*, responde que contiene «una mezcla de filosofía del derecho, metodología del derecho, sociología jurídica, análisis lógico de los conceptos normativos, derecho comparado y algunos estudios de derecho positivo nacional»⁵¹. Para ARTHUR KAUFMANN, en la teoría del Derecho se incluye en la actualidad, por ejemplo, «la lógica de la norma, la teoría del lenguaje jurídico, la crítica de la dogmática, la teoría de la ciencia, la teoría del conocimiento, la teoría de la decisión, la teoría sistemática de la ciencia jurídica, la tópica jurídica, la teoría de la legislación e incluso algo más...»⁵². PODLECH, por su parte, ha propuesto un amplio y completo esquema programático de lo que ha de ser la actual *Te-*

48. DREIER, R., *op. cit.*, p. 18, nota 9.

49. DREIER, R., *op. cit.*, p. 25.

50. DREIER, R., *Problemas abiertos en la filosofía del Derecho*, traducción castellana de ERNESTO GALZON VALDÉS, en «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», núm. 1, 1984, p. 77.

51. PECZENIK, ALEXANDER, *Principles of Law. The Search for Legal Theory*, en «Rechtstheorie», vol. 2/1, 1971, pp. 17-35 (la referencia en la p. 17); cfr. también, del mismo autor, *Towards the juristic Theory of Law*, en «Osterreichische Zeitschrift für öffentlichen Recht», 21, 1971, pp. 167-182.

52. KAUFFMANN, A., *Sentido actual de la filosofía del Derecho*, *cit.*, p. 19.

oría del Derecho⁵³, que estaría compuesta –según este autor– de una parte preliminar o introducción donde se tratarían los problemas epistemológicos de la teoría del Derecho, así como su delimitación respecto de otras disciplinas como la dogmática jurídica y la sociología del Derecho. Posteriormente, la teoría del Derecho se desglosaría en dos extensas partes dedicadas, la primera, al estudio de las estructuras formales de los ordenamientos jurídicos, y la segunda, a la teoría de la decisión jurídica, a la teoría de la argumentación y a la teoría de la dogmática jurídica, así como a la relación entre derecho y moral. Finalmente, podría citarse también la propuesta de ROBLES MORCHON, según el cual la actual *teoría del Derecho* estaría formada por tres grandes partes, precedidas de una Introducción donde se establecerían los caracteres epistemológicos de la teoría del Derecho, entendida como análisis del lenguaje de los juristas. Las tres partes siguientes harían referencia: la primera, a la teoría de la estructura formal del Derecho; la segunda, a la teoría de la dogmática jurídica, y la tercera, a la teoría de la decisión jurídica⁵⁴.

En mi opinión, ante esta nueva perspectiva habría que distinguir y clasificar, por una parte, aquellas *ciencias jurídicas* que surgieron al amparo del positivismo jurídico y se fueron desgranando del tronco común de la filosofía del Derecho y que en la actualidad se encuentran todavía en un proceso de especialización, y por otra parte, la *teoría del Derecho* como una forma de reflexión filosófica sobre el Derecho que tiene como base epistemológica el *análisis hermenéutico del lenguaje jurídico* en su sentido más amplio. Por ello, estoy de acuerdo con RALF DREIER cuando señala que la situación actual de la filosofía y la teoría del derecho está caracterizada por dos tendencias opuestas pero mutuamente complementarias: «por un proceso de especialización interdisciplinaria, por una parte, y por un esfuerzo de teorizaciones reintegrantes, por otra. Ambas tendencias proporcionan conjuntamente la imagen de un pluralismo de teorías, metodologías y terminologías que impiden que un solo individuo pueda ser experto en todos estos ámbitos...»⁵⁵. En efecto, ese «esfuerzo reintegrante» lo cumple, a mi juicio, la denominada *teoría del Derecho*.

Entre las *ciencias jurídicas* que se fueron separando del tronco común de la filosofía del Derecho se pueden citar hoy día –sin entrar en sus diferentes *estatus científicos*– las siguientes: la sociología del Derecho, la antropología jurídica, la psicología jurídica, la informática jurídica, la lógica jurídica, la lingüística jurídica... Por lo que respecta a la actual reflexión filosófica sobre el Derecho, la *teoría del Derecho*, en cuanto representa ese «esfuerzo de teorización integradora», debería constar, a mi juicio, de las siguientes teorías parciales:

53. PODLECH, A., *Architektur einer möglichen Rechtstheorie*, en «Rechtstheorie», vol. 7, 1976, pp. 1-21.

54. ROBLES MORCHON, G., *Introducción a la teoría del Derecho*, cit., pp. 156-169.

55. DREIER, R., *Problemas abiertos en la filosofía del Derecho*, cit., p. 77.

1. La *teoría general del Derecho*, que en cuanto parte más general de la reflexión teórico-filosófica se ha de ocupar fundamentalmente de los siguientes temas: el concepto de derecho; el derecho como forma de organización social; la relación entre derecho y fuerza; la tipología de los sistemas normativos; la teoría de la norma; la teoría del ordenamiento jurídico; los conceptos jurídicos fundamentales; la relación entre órdenes jurídicos distintos; los criterios de la interpretación y de la aplicación jurídicas.

2. La *teoría del conocimiento jurídico* o *epistemología jurídica*, que se ocuparía de estudiar principalmente la diferencia entre ciencia y filosofía; los presupuestos epistemológicos de la teoría del Derecho natural y de la filosofía del Derecho, entendiéndolas ambas como distintas formas de reflexiones filosóficas sobre el Derecho; la filosofía de la ciencia, desde NEWTON hasta el actual pluralismo metódico; la teoría de la ciencia jurídica y los diferentes tipos de conocimiento científico acerca del Derecho.

3. La *Teoría de la decisión jurídica* y la *Teoría del método interpretativo*. Se analizan en esta parte los procesos de creación y aplicación del derecho, que se concretan, a su vez, en las denominadas *Teoría de la decisión legislativa* o *Teoría de la legislación* y *Teoría de la decisión judicial*. Por lo que se refiere a la *Teoría de la legislación*, que tiene por objeto todo el proceso de elaboración de las normas legislativas por el órgano legislativo, está particularmente presente en la literatura germánica⁵⁶ y ha sido reivindicada recientemente en España por autores tales como ATIENZA, CALSAMIGLIA, GIL CREMADES y RUIZ MANERO⁵⁷. La actual discusión científica en el seno de la teoría de la legislación está en relación —según indica BÜLLESBACH— «con la cuestión referida a la ignorancia de la realidad por parte del legislador, así como con la referida al modo en que la investigación de los he-

56. Cfr. NOLL, PETER, *Gesetzgebungslehre*, Hamburg, Reimbeck, 1973; RÖDIG, J. (Hrsg.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, Berlín, Springer Verlag, 1976; REISINGER, L., *Entscheidungstabellen und legistik*, en «Rechtstheorie», núm. 12/1, 1981, pp. 116-126; KINDERMANN, H. (Hrsg.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, Berlín, Springer Verlag, 1982; HILL, H., *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, Heilderberg, C.F. Müller Verlag, 1982; SCHNEIDER, H., *Gesetzgebung*, Heilderberg, C.F. Müller Verlag, 1982; GRIMM, D., y MAIHOFER, W. (Hrsg.) *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, Wiesbaden, Westdeutscher Verlag, 1988.

57. En España recientemente se ha reivindicado la necesidad de una teoría de la legislación; véase, por ejemplo, en «Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho», núm. 1, 1984, monográfico sobre los «Problemas abiertos en la filosofía del Derecho», las respuestas dadas por MANUEL ATIENZA (p. 33); A. CALSAMIGLIA (p. 45), que destaca cómo el «campo de la teoría de la legislación... ha sido infravalorado desde las perspectivas normativistas dominantes»; J. J. GIL CREMADES (p. 106) reivindica la «elaboración entre nosotros de una ausente ciencia de la legislación»; J. RUIZ MANERO (p. 213), para el cual «uno de los campos de investigación de más interés para el próximo futuro reside en la progresiva elaboración de una teoría de la legislación... que dé cuenta del peso relativo que sobre la labor legislativa ejercen tanto los condicionantes externos como los propósitos y creencias del propio legislador. Una teoría de la legislación así entendida... vendría a encontrarse, frente a la política jurídica, en una relación semejante a la que se da entre la teoría general del derecho y la dogmática jurídica: la teoría de la legislación habría de suministrar a la política jurídica su instrumental conceptual central, al tiempo que este propio *corpus* teórico habría de recibir constantemente el efecto de *feed-back* de las concretas propuestas e investigaciones de política jurídica».

chos jurídicos puede ser útil para la actividad legislativa»⁵⁸. La teoría de la legislación se ocupa también de estudiar las técnicas y métodos de la actividad legislativa y, lo que es más importante, de analizar analítica y críticamente «las reacciones, iniciativas, manejos e impedimentos sociales y políticos de la actividad legislativa»⁵⁹.

Por lo que concierne a la *Teoría de la decisión judicial*, ésta implicará un análisis de la lógica de la aplicación del derecho y de la lógica del razonamiento jurídico, conectándose también con la teoría de la argumentación jurídica y con la teoría de la racionalidad práctica.

4. La *Teoría de la justicia*, que, en primer lugar, comporta un recorrido histórico por las diferentes concepciones de la «justicia». Junto a esta dimensión histórica se ha de elaborar, desde un punto de vista sistemático, una teoría de los valores jurídicos y una teoría de los derechos humanos. Por otra parte, la teoría de la justicia ha de centrarse también en el problema de las «decisiones correctas» o, lo que es lo mismo, en la «justicia» de las diferentes decisiones jurídicas, lo cual implica, a su vez, el desarrollo de una teoría de los principios en cuanto criterios materiales presentes en toda decisión jurídica. En efecto, si reflexionamos sobre la «justicia» es precisamente porque pretendemos que las diferentes decisiones jurídicas (constitucionales, legislativas y judiciales) sean «justas». Por ello el desarrollo de una teoría de los principios, así como de una teoría de los valores, implica un análisis de los fines del derecho y, con ellos, del modelo jurídico que se considere que permite de la mejor manera la consecución del objetivo de «justicia» en la sociedad. Con ello se recuperaría también el tema de la *racionalidad práctica*, tan olvidado y marginado por el positivismo, lo cual permitiría —como ha señalado ALEXY— incluso una «vinculación entre la argumentación jurídica y la moral»⁶⁰, planteando así, desde esta perspectiva, el problema de la relación entre derecho y moral. «Ciertamente que no son posibles —señala ALEXY— teorías morales *materiales* que para cada cuestión práctica permitan extraer con seguridad intersubjetivamente concluyente precisamente una respuesta, pero sí que son posibles teorías morales *procedimentales* que formulan reglas o condiciones de la argumentación o decisión práctica racional. Una versión especialmente prometedora de una teoría moral procedimental es la del discurso práctico racional»⁶¹.

58. BÜLLESBACH, A., *Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft*, en A. KAUFMANN y W. HASSEMER (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, cit., pp. 392-420 (la referencia en la p. 407).

59. BÜLLESBACH, A., *op. cit.*, p. 408.

60. ALEXY, R., *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, en «Doxa», núm. 5, Alicante, 1988, pp. 139-151 (la referencia en la p. 144).

61. ALEXY, R., *op. cit.*, p. 140. Véase también del mismo autor, más ampliamente, su obra titulada *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción castellana a cargo de M. ATIENZA e I. ESPEJO, Madrid, edit. CEC, 1989.

Por último, en el desarrollo de una teoría de los valores y de una teoría de los principios debería plantearse también el tema referido a los «valores superiores» —tan de actualidad en España hoy día por su incorporación a la Constitución de 1978—, en cuanto representan —como ha señalado PECES-BARBA— «la positivización de una moralidad, con un fundamento histórico y racional suficiente en el mundo moderno»⁶².

En resumen, la *Teoría del Derecho* en cuanto «esfuerzo de teorización reintegrante» reorienta todos los problemas a los que intentaban enfrentarse tanto el iusnaturalismo como el positivismo jurídico e incluye además otros problemas que habían sido marginados o rechazados por aquellas corrientes filosóficas. Se podría decir que la polémica iusnaturalismo/positivismo jurídico se reduce hoy día a un problema epistemológico y los temas que ambas corrientes filosóficas pretendían afrontar se «reintegran» en la *Teoría del Derecho*, dando cabida también a temas y problemas tradicionalmente marginados u olvidados por aquéllas. Y ello porque ya no se trata de realizar una mera reflexión teórica sobre el derecho, alejada de la realidad y de la práctica jurídicas. Por eso la actual *Teoría del Derecho* tiene que ser planteada como una teoría dirigida no sólo a los juristas teóricos o científicos, sino, lo que es más importante, a los juristas prácticos, es decir, a los «operadores jurídicos» o «juristas profesionales» que participan, de una forma directa o indirecta, en el proceso de elaboración, interpretación y aplicación del derecho o, lo que es lo mismo, en el proceso de desarrollo general del derecho⁶³.

62. G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, en «Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución», Madrid, Ministerio de Justicia, p. 9; posteriormente reproducido y ampliado en *Los valores superiores*, Madrid, Ed. Tecnos, 1986.

63. A este respecto son interesantes las observaciones que realiza L. PRIETO SANCHIS, *Un punto de vista sobre la filosofía del Derecho*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», t. IV, 1982, pp. 591-617, tales como «que la labor del jurista, incluso del teórico, versa sobre el Derecho, pero al mismo tiempo forma parte del propio Derecho» (p. 594).