

# CONSIDERACIONES SOBRE LA ACTUAL LEGAL THEORY<sup>1</sup>

---

Salvador Rus Rufino

## 1. INTRODUCCIÓN

Alguien que no está formado, o familiarizado, con el sistema jurídico del *Common Law* puede verse confundido por el sentido equívoco de la expresión *Legal Theory* en la tradición jurídica anglosajona<sup>2</sup>. Se trata de un término que sirve para designar una forma de conocimiento del Derecho que incluye tanto una consideración científica, como otra filosófica, sujeta, en la actua-

1. Debo expresar mi agradecimiento a los profesores J. R. GORDLEY y J. E. COONS de Boalt Hall School of Law en University of California Berkeley y J. A. GARCÍA AMADO de la Universidad de León por la ayuda que me han prestado en todo momento y por sus siempre sugerentes y bien documentadas observaciones. A lo largo del trabajo usaré siempre el término *Legal Theory* ya que su traducción podría inducirnos a errores.

2. Cfr. D. BELL, "Introduction. Legal Theory and the Anglo Saxon World", en M. van HOECKE, *What is Legal Theory?*, Leuven-Amersfoort, Acco, 1985, p 11: "etiquetas y distinciones abundan y se usan de forma divergentes por autores de distintas escuelas de pensamiento". Véase también C. DOUZINAS, R. WARRINGTON y S. MCVEIGH, *Postmodern Jurisprudence. The Law of Text in the Text of Law*, London-New York, Routledge, 1991, pp. 242-243 en las que reflejan la polisemia del término *Legal Theory* y su relación con la Jurisprudencia moderna; P. SOPER, "Legal Theory and the Problem of Definition", *University of Chicago Law Review*, 50, 1983, pp. 1170-1200; R. S. SUMMERS, *American Legal Theory*, New York, New York University Press, 1992.

lidad, a variaciones de contenido de unos autores a otros. La dificultad aumenta porque su historia es corta, si se establece el término de comparación con el Derecho Natural, la Teoría General del Derecho o la misma Filosofía del Derecho. Esta característica dificulta en muchas ocasiones la aprehensión de su significado, función y contenido. Sin embargo, no se puede entender bien en qué consiste hoy la *Legal Theory* sin tener en cuenta cuál ha sido la evolución de la Teoría General del Derecho y la Filosofía del Derecho.

Por las razones expuestas, en este trabajo estudiaré, en primer lugar, de forma muy general, cuál ha sido la historia de la "Teoría General del Derecho" desde su origen hasta su declive y cómo esta consideración científica del Derecho propició, de un lado, el resurgimiento de la Filosofía del Derecho y, de otro, la aparición de tres tendencias, en cierta forma, herederas de la consideración científica del fenómeno jurídico: la Ontología Jurídica, la *Rechtstheorie* y la *Legal Theory*. Una vez dibujado en sus trazos más generales el cuadro en el que surge y se desarrolla la *Legal Theory* daré unas pinceladas que muestren cuál ha sido el camino seguido por ella en los últimos años. Finalmente terminaré con una valoración personal a modo de conclusión.

## 2. EL DESARROLLO DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

La "Teoría General del Derecho"<sup>3</sup> surge en el momento preciso en que los juristas desarrollaban, de un lado, una investigación básica y general preocupada por los conceptos, los principios y las distinciones comunes a los ordenamientos jurídicos más desarrollados, y, de otro, se puede decir que fue un intento clarificador

3. No trato de hacer un estudio exhaustivo de lo que fue la Teoría General del Derecho, sino los momentos más importantes de su desarrollo histórico, por otra parte, la revista *Rechtstheorie* desde 1970 ha dedicado varios artículos en este sentido.

de los conceptos fundamentales del Derecho y de la Ciencia Jurídica<sup>4</sup>.

La Teoría General del Derecho —dicho de forma muy general— fue en sus principios una investigación empírica, inductiva, científica, sobre el Derecho; su único fundamento estuvo en la legislación positiva. Pronto intentó convertirse en una especulación abstracta y formal que buscaba desarrollarse al margen y con independencia de las diversas ciencias jurídicas positivas, orientada a la búsqueda de los conceptos jurídicos más generales que actúan como condicionantes de todo pensamiento jurídico.

Siguiendo este camino, la Teoría General del Derecho se convirtió en una investigación que, prolongando la temática de la dogmática jurídica positiva, estudió el concepto de Derecho, los conceptos jurídicos fundamentales del ordenamiento jurídico positivo y además pretendió, desde los datos que proporciona el ordenamiento jurídico, crear una Ciencia Universal del Derecho<sup>5</sup>. Así, la Filosofía del Derecho, carecía de sentido<sup>6</sup> y se consideró

4. Cfr. R. STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Berlin-Leipzig, Walter de Gruyter, 1928, pp. 10-12, donde expone en qué se diferencian la Filosofía del Derecho de la Teoría General del Derecho. Una explicación muy completa sobre lo que supuso la Teoría General del Derecho y su desarrollo histórico puede verse en L. RECASENS SICHES, *Los temas de la Filosofía del Derecho en perspectiva histórica y visión de futuro*, Barcelona, Bosch, 1934 pp. 18-41. Son interesantes las precisiones que hace M. van HOECKE, *What is Legal Theory?*, cit., pp. 27-38.

5. Cfr. K. LARENZ, *La Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado*, Madrid, Editorial de Derecho Privado, 1942, p. 39; Cfr. A. QUINTAS, "La continuità fra la dommatica, la teoria generale e la filosofia del Diritto", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1964, pp. 98 y ss.; V. FROSSINI, "Teoria generale del Diritto", *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XIX, Torino, UTET, 1973, p. 4; vid. la obra de N. BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980.

6. Una serie de autores, que publicaron algunos trabajos en el primer tercio del siglo XX, admiten unas veces que la Teoría General es Ciencia del Derecho y por tanto es distinta de la Filosofía del Derecho, otros que es parte de la Filosofía por lo que se distingue de las demás ciencias jurídicas particulares. Más actual es el testimonio de H. NAWIASKY, *Teoría General del Derecho*,

como una ciencia, "innecesaria o insuficientemente justificada. Se afirma, por un lado, desde esta perspectiva, que la función de definir el Derecho no corresponde a la Filosofía sino a la Ciencia Jurídica; por otro, que la determinación de fines o el discurrir acerca de valores constituye algo en sí de carácter extrarracional, cuando no explícita y directamente irracional, algo que, por tanto carece de sentido atribuir, en cuanto objeto, a una Filosofía que tradicionalmente se pretende 'conocimiento a través de la razón'"<sup>7</sup>.

Históricamente, se puede ver que la Teoría General del Derecho fue una reacción contra el planteamiento positivista, sus equívocos, sus confusiones y el conjunto de conceptos inadecuados que había

Madrid, Rialp, 1962, p. 27, donde expone la necesidad de mantener la "autonomía de la Teoría General del Derecho frente a la Filosofía jurídica necesita ser subrayada con especial insistencia, porque es bastante negada entre los cultivadores de la segunda. Comunes son a ambas disciplinas los puntos de vista generales bajo los cuales consideran su objeto; pero es diferente el objeto mismo, que en la Teoría General del Derecho consiste en el Derecho tal cual es, y en la Filosofía el Derecho tal como debe ser". La revista *Archives de Philosophie du Droit* en el año 1962 publicó, un número monográfico que tenía como motivo central la pregunta "Qu'est-ce-que la Philosophie du Droit?" (*Annales du Philosophie du Droit*, 7, 1962). Los autores que respondieron a esta cuestión fueron de tendencias muy diversas. Entre las preguntas que a modo indicativo se hacían había una que tiene interés en este contexto: ¿cree usted en la razón de ser de una Filosofía del Derecho, o más bien, en una Teoría General del Derecho?. La respuesta en la mayoría de los casos fue que existe una diferencia entre Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho, como L. BAGOLINI, "Philosophie du Droit et Théorie Générale du Droit", pp. 85, 88 y 89, H. BATIFFOL, pp. 91-94 y H. KELSEN, p. 131. En la actualidad, N. BOBBIO ha intentado revitalizar la Teoría General del Derecho concebida como investigación científica estricta del Derecho, radicalmente segregada del ámbito de reflexión filosófico-jurídico, de esta forma, afirmó que es "una disciplina formal, pero sin que deje de ser un estudio científico" (N. BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., p. 75). La Teoría General del Derecho desde esta perspectiva sería Ciencia del Derecho, que estudia los conceptos básicos sobre los que está construido el Derecho vigente; véase también M. van HOECKE, *What is Legal Theory?*, cit., pp. 31-35.

7. E. DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1980, 2ª ed., p. 238.



introducido en la Ciencia Jurídica. Como es sabido, cada una de las disciplinas jurídicas desarrolló como preámbulo una parte general en la que se exponía la noción de Derecho, de norma jurídica o de relación jurídica. Este caos conceptual –la parte general de un civilista no tenía mucho que ver con la de un administrativista o penalista– llevó a la reacción de protesta entre los mismos positivistas<sup>8</sup>. Así, por ejemplo, A. Merkel intentó construir una sistemática de conceptos jurídicos fundamentales y la conexión del Derecho con los demás factores sociales<sup>9</sup>; E. R. Bierling desde un punto de vista empirista recalcó el carácter formal de los conceptos jurídicos fundamentales<sup>10</sup>. Sin embargo, fue K. Bergohm quien expuso la necesidad que tienen las ciencias jurídicas de una base conceptual común y orgánica, para lo cual no es suficiente el mero conglomerado de expresiones más o menos profundas o filosóficas sobre el Derecho. Este autor concluyó que había que definir y establecer los conceptos fundamentales del Derecho<sup>11</sup>.

Estos son algunos de los autores más importantes que iniciaron en Alemania el desarrollo de la *Allgemeine Rechtslehre*, una Teoría

8. Cfr. siglo las directrices marcadas por L. RECASENS SICHES, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico. La Filosofía del Derecho en el siglo XX*, Barcelona, Labor, 2ª ed., 1936, pp. 40-42. Es muy interesante el testimonio de K. BERGBOHN, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen*, Band I, Leipzig, Duncker & Humblot, 1892, p. 39, afirmó que en la "Ciencia del Derecho todo es tan poco seguro, tan dudoso y tan equívoco, como en el lenguaje vulgar de la vida diaria; y de la confusión de las palabras nace inevitablemente la anarquía de las ideas". También mantuvo que no había distinción entre la Filosofía del Derecho y la Teoría General del Derecho, e incluso identificaba la reflexión filosófica sobre el Derecho positivo con la Teoría General del Derecho.

9. Cfr. A. MERKEL, *Juristische Encyklopädie*, Berlin-Leipzig, J. Guttentag, 1885.

10. E. R. BIERLING, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Gotha, F. A. Perthes, 1877-1883, 2 vols., más explícito es en su obra *Juristische Principienlehre*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1894, 1911 y 1917, 4 vols. donde maduró el programa de la escuela de la Teoría General del Derecho.

11. Cfr. K. BERGBOHN, *Jurisprudenz und...* cit., p. 102.

General del Derecho que tenía como misión dar una base común de conceptos generales y rigurosos a la Jurisprudencia, cuyos antecesores pueden encontrarse en los trabajos de A. Thon<sup>12</sup>, del penalista K. Binding<sup>13</sup> y más tarde en otros juristas positivos como R. Eisele<sup>14</sup> y E.I. Bekker<sup>15</sup>.

Este esfuerzo fue continuado por autores de distintos países. En Italia siguió este planteamiento I. Vanni<sup>16</sup> y en Rusia M. N. Korkounov<sup>17</sup>. Estos autores, a pesar de los esfuerzos realizados, no lograron traspasar los límites del positivismo y además, desde su propia perspectiva científica, no tenían posibilidad de hacerlo. Lo más que hicieron, como dice L. Recasens, es clasificar los distintos sentidos del concepto universal del Derecho en diferentes sectores del Derecho<sup>18</sup>.

En los países de habla inglesa, por ejemplo, Inglaterra, siguiendo la tradición jurídica del *Common Law*, J. Austin —como

12. A. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Weimar, H. Bohlau, 1878.

13. K. BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung. Eine Untersuchung über die rechtsmassige Handlung und die Arten des Delikts. Band 1. Normen und Strafgesetze*, Aalen, Scientia, 1965, (1ª edición en 2 vols. 1872 y 1877).

14. F. EISELE, "Unverbindlicher Gesetzesinhalt", *Archiv für die civilistische Praxis*, 69 1886, pp. 275-310, donde defiende la existencia de unos conceptos o determinaciones fundamentales del Derecho objetivo que no dependen de las contingencias concretas de un estado o de la evolución histórica. Determinaciones que los mismos legisladores tienen que tener en cuenta y que deben aceptarlos como dados por la naturaleza del Derecho objetivo, el los denomina *Lehrsätze*.

15. E. I. BEKKER, *Gundbegriffe des Rechts und Missgriffe der Gesetzgebung*, Berlin-Leipzig, W. Rothschild, 1910.

16. I. VANNI, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 4ª ed., Bologna, N. Zanichelli, 1902.

17. N. M. KORKUNOV, *General Theory of Law*, Boston, The Boston Book Company, 1909 (trad. inglesa de W. G. HASTING).

18. Cfr. L. RECASENS SICHES, *Direcciones contemporáneas...* cit. p. 42. Antes se puede encontrar esta misma consideración en R. STAMMLER, *Rechts- und Staatstheorien der Neuzeit. Leitsätze zu Vorlesungen*, Leipzig, Veit, 1917, p. 73.

más tarde se verá—, contrapuso a la jurisprudencia una Teoría General del Derecho a la que asignó la tarea de ocuparse de los conceptos, principios y distinciones comunes de los ordenamientos jurídicos<sup>19</sup>. Le siguieron un grupo de autores que se suelen incluir dentro de la *Analitical School of Jurisprudence*<sup>20</sup>.

Algo distinto sucedió en los Estados Unidos, pues los juristas norteamericanos no evolucionaron hacia una Teoría General del Derecho, sino permanecieron fieles al positivismo<sup>21</sup>. Se suele decir que 1870 marca el comienzo de una revolución en la forma de enseñar Derecho en los Estados Unidos. En efecto, la Harvard Law School se operó un cambio radical: la formación de los juristas había que hacerla combinando tanto la práctica como la formación en las aulas de la Universidad<sup>22</sup>. En la Universidad de Havard se impuso un nuevo método científico para enseñar el Derecho que resumió muy bien el Decano de la Facultad CH. C. Langdell, "es indispensable establecer dos principios: primero que el Derecho es una ciencia; segundo, que todos los elementos que la constituyen están en los libros que contienen las decisiones de los

19. J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, revisión y edición de R. CAMPBELL, London J. Murray, 1869, 2 vols. (1ª edición 1861). En este sentido es muy interesante el estudio de D. LIEBERMAN, *The Province of Legislation determined. Legal Theory in Eighteenth Century in Britain*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 1989.

20. TH. E. HOLLAND, *The Elements of Jurisprudence*, Oxford, The Clarendon Press, 1880; J. M. LIGHTWOOD, *The Nature of Positive Law*, London, Macmillan, 1883; E. C. CLARK, *Practical Jurisprudence, a Comment on Austin*, Cambridge, The Cambridge Univesity Press, 1883 y J.W. SALMOND, *Essays in Jurisprudence and Legal Theory*, London, Stevens & Haynes, 1891 y *Jurisprudence or the Theory of the Law*, London, Stevens & Haynes, 1902.

21. Cfr. B. A. ACKERMAN, "Law and the Modern Mind by Jerome Frank", *Dedalus*, Winter 1974, pp. 119-130.

22. Cfr. R. STEVENS, "Two Cheers for 1870: The American Law School", *Perspectives in American History*, 5, 1971, p. 405.

jueces"<sup>23</sup>. Esta afirmación muestra con todo claridad que en los Estados Unidos, tras la Guerra de Secesión, el Derecho se convierte en una ciencia que debe seguir el método científico propuesto por las ciencias naturales, esto es, se considera una ciencia positiva<sup>24</sup>.

Se puede hablar con propiedad de un declinar de la Teoría General del Derecho<sup>25</sup> tal como lo hizo M. E. Mayer, testigo del renacer de la Filosofía del Derecho: "El positivismo era necesario para que la ciencia jurídica alemana alcanzase el grado de desarrollo que actualmente posee. Pero una vez que este término parecía asegurado, fue más fuerte la voluntad de renovar el saber jurídico; cosa tanto más lícita y necesaria cuanto que la Filosofía sólo puede significar peligro para una ciencia joven que todavía busca su método y misión; pero una ciencia consciente de sí misma exige el impulso filosófico, y envejece si le falta de modo permanente. Así asistimos en las dos últimas décadas a un renacimiento de la Filosofía del Derecho, fomentado últimamente por la revolución, ya que desde entonces el gusto por las especulaciones filosófico-jurídicas se han extendido a los más amplios sectores. Pues siempre que la fragilidad del Derecho positivo se hace visible y palpable a todos por un trastorno violento, alcanza popularidad del deseo de reflexionar para qué sirve y debe servir el Derecho"<sup>26</sup>. R. Stammler y G. del Vecchio, tomando como punto de partida la idea de E. R. Bierling: los conceptos jurídicos fundamentales deben de ser formales porque condicionan todo el conocimiento científico

23. Cfr. A. E. SUTHERLAND, *The Law at Harvard*, Cambridge, Belknap Press, 1967, p. 175.

24. Cfr. B. A. ACKERMAN, "Law and the Modern Mind by Jerome Frank", cit., pp. 119-120.

25. Cfr. M. van HOECKE, *What is Legal Theory?*, cit., pp. 31-35.

26. M. E. MAYER, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Labor, 1937, pp. 49-50.

del Derecho, propusieron, desde un planteamiento idealista, que estos conceptos debían de ser además *a priori*<sup>27</sup>.

R. Stammler, y en cierta medida también, G. del Vecchio serán quienes al admitir, por un lado, el concepto del Derecho como un *a priori* universal y necesario y, por otro, la idea del Derecho o formas jurídicas puras<sup>28</sup>, los que inicien la transformación de la Teoría General del Derecho destruyendo su carácter el empírico e iniciando, al mismo tiempo, la restauración de la problemática filosófica, tal como M. E. Mayer puso de relieve<sup>29</sup>. El planteamiento fue seguido por diversos autores como F. Somlo<sup>30</sup>, E. Weigelin<sup>31</sup> y V. Miceli<sup>32</sup> y otros<sup>33</sup>.

Las ideas de R. Stammler y G. del Vecchio tuvieron mucha difusión y contribuyeron al renacer de los trabajos filosóficos y a la construcción de una Teoría del Derecho basada en un planteamiento apriorista, como por ejemplo A. Graf zu Dohna<sup>34</sup> y otros

27. R. STAMMLER desarrolla esta tesis en distintos trabajos *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle a.d. S., Buchhandlung des Waisenhauses, 1911 y en su *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 3ª ed., Berlin-Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1928, (1ª edición 1921). G. del VECCHIO, *Los presupuestos filosóficos de la noción del Derecho*, Barcelona, Reus, 1908 y *El concepto del Derecho*, Barcelona, Reus, 1914.

28. Cfr. R. STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie...* cit., pp. 52-54.

29. Quizá el libro donde pone de manifiesto con más claridad esta actitud es el de R. STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Recht*, Berlin, J. Guttentag, 1902.

30. F. SOMLO, *Juristische Grundlehre*, Leipzig, F. Meiner, 1917.

31. E. WEIGELIN, "Der Begriff der Sitten", *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, VIII 1914/1915, pp. 321-329.

32. V. MICELI, *Principii di Filosofia del Diritto*, 2ª ed., rev. y ampliada, Milano, Società Editrice Libreria, 1928 (1ª ed. 1914).

33. Cfr. RECASENS SICHES, L., *Direcciones contemporáneas...* cit., pp. 16-17.

34. Cfr. A. GRAF ZU DOHNA, "Kernprobleme der Rechtsphilosophie", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, XXXIII 1939-1940, pp. 56-148.

representantes de la escuela de Marburgo<sup>35</sup>. También los otros neokantianos, los de la Escuela Sudoccidental, como G. Radbruch<sup>36</sup>, influídos por esta teoría mantuvieron la aprioridad del concepto del Derecho y de los conceptos jurídicos fundamentales.

La superación de la Teoría General del Derecho definitiva correspondió a H. Kelsen que desde un punto de partida inspirado en el neokantismo escribió uno de los textos más importantes del pensamiento jurídico contemporáneo que se titula *Teoría Pura del Derecho*<sup>37</sup>. El planteamiento de H. Kelsen se puede incluir dentro de una tradición que se fue desarrollando tanto en Alemania<sup>38</sup>

35. Por ejemplo, M. SOLOMON, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Leipzig, W. Rothschild, 1925 (1ª ed. 1919) que centra su teoría jurídica en torno al problema del método de la ciencia del derecho positivo; J. BINDER, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, Leipzig, A. Deicht'sche Verlagsbuchhandlung, 1912, "Über kritische und metaphysische Rechtsphilosophie", *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 9, 1915-1916, pp. 18-29 y 267-278 y más tarde resume sus ideas en la obra *Philosophie des Rechts*, Berlin, G. Stilke, 1925 y W. SAUER que en su primera época está muy cerca de los planteamientos del neokantismo *Stand und Zukunftsaufgaben der Rechtsphilosophie*, Berlin-Grunewald, W. Rothschild, 1933. Para el desarrollo de esta escuela veáanse J. GÓMEZ DE LA SERNA y FAVRE, "Filósofos del Derecho Modernos. Los Neokantianos", *Anuario de Filosofía del Derecho*, I, 1953, pp. 91-234 y la reciente obra de C. MÜLLER, *Die Rechtsphilosophie des Marburger Neokantianismus*, Tübingen, JCB Mohr, 1993.

36. G. RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Leipzig, Quelle & Meyer, 1914.

37. La primera edición se tituló *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Wien, Franz Deuticke, 1934 y posteriormente publicó una segunda edición bajo el título *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, Franz Deuticke, 1960.

38. A. J. MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung*, Leipzig-Wien, Franz Deuticke, 1923. Véanse los trabajos reeditados por H. KLECATSKY, R. MARCIC y H. SCHAMBECK, *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross*, Wien-Frankfurt-Zurich-Salzburg-München, Europa Verlag-Universitätsverlag Anton Pustet, 1968 y A. VERDROSS, *Die Einheit des rechtlichen*

como en Francia<sup>39</sup>. Lo que hizo H. Kelsen, frente a los otros autores, fue intentar restaurar una reflexión filosófica sobre los conceptos fundamentales del Derecho; por tanto, se aparta del planteamiento científico.

En resumen, la Teoría General es, en su origen, Ciencia del Derecho que centra su atención en la norma jurídica, en el ordenamiento jurídico: validez, establecimiento por el poder, etc.<sup>40</sup> y tiene como quehacer característico el intento de explicar los elementos básicos presentes en todo ordenamiento jurídico histórico, que, en cuanto categorías científicas, constituyen los datos o los presupuestos necesarios para la constitución de las diversas ciencias jurídicas. El método de conocimiento que sigue es el científico<sup>41</sup>. Parte del Derecho vigente como realidad dada y suficiente por sí como objeto de estudio<sup>42</sup>.

Sin embargo, pronto el pensamiento filosófico sobre lo jurídico empezó a renacer tímidamente en la mente y en las obras de varios científicos del Derecho, cuando éstos se dieron cuenta de que su propia ciencia era incapaz de explicar por sí sola los presupuestos

*Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Tübingen, Mohr, 1923 y *Völkerrecht*, Berlin, Julius Springer, 1937.

39. E. ROUGIN, *La science juridique pure*, Paris, Librairie Generales de Droit et de Jurisprudence, 1923, 3 vols. y el belga E. PICAR, *Le Droit Pur*, Paris, E. Flammarion, 1908. Y desde una perspectiva sociológica, valorativa y dogmática F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif: essai critique*, 2ª ed. revisada, Paris, F. Pichon et Durand-Auzias, 1919, 2 vols. y *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution a la critique de la methode juridique*, Paris, L. Tenin, 1915-1924, 4 vols.

40. Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1943; N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giachipelli, 1958, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giachippelli, 1960 y *Studi per una Teoria Generale del Diritto*, Torino, Giachippelli, 1970; H. NAWIASKY, *Teoría General...*, cit. p. 27.

41. Cfr. F. SCHREIER, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts: Entwurfeiner Phänomelogische begründeten formalen Rechts- und Staatslehre*, Leipzig-Wien, Franz Deuticke, 1924, pp. 23-24.; H. NAWIASKY, *Teoría General...* cit. p. 20.

42. Cfr. R. STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 3-7.

básicos en que ella misma se asentaba, cuando constataron que también era insuficiente para aclarar la problemática que planteaban las ideas o principios directivos que dan sentido al Derecho, e incluso a las ciencias que lo estudian. La convergencia de esta doble penuria o incapacidad fue la que propició de nuevo, desde el terreno mismo de la Ciencia Jurídica, la reflexión filosófica sobre el Derecho, o si se quiere, obligó a los juristas a desarrollar una investigación básica general que se ocupase de los conceptos, principios y distinciones comunes a los ordenamientos jurídicos más desarrollados y que estableciese en forma de claras proposiciones los conceptos fundamentales del Derecho y de la Ciencia Jurídica.

Además del renacimiento y de la consolidación de la reflexión filosófica sobre el Derecho, en el continente europeo se siguió cultivando una teoría jurídica que ha ido convirtiéndose lentamente en disciplinas autónomas como son la Ontología Jurídica, la *Rechtstheorie* y, de forma mucho más tardía, la *Legal Theory*. Voy a ocuparme brevemente de las dos primeras y más detalladamente de la última.

### 3. ONTOLOGÍA JURÍDICA Y RECHTSTHEORIE

La Ontología Jurídica<sup>43</sup> como reflexión sectorial de la Filosofía del Derecho se desarrolló como un "estudio del ser del Derecho,

43. Cfr. A. KAUFMANN (Hrsg.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, Darmstadt, Hermann Gentner Verlag, 1965, en el que se recogen importantes contribuciones sobre qué es la Ontología Jurídica y su desarrollo así como una completa bibliografía organizada alfabéticamente; H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Reflexions sur la nature des choses et la logique du droit. Contribution a l'ontologie et a l'epistemologie juridiques*, Paris, Mouton, 1973 y W. LANG, "The Ontology of Law", en W. KRAWIETZ-J. WROBLEWSKI (Hrsg.) *Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts. Festgabe für Kazimierz Opalek zum 75 Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 221-230.



compresión totalizadora del sentido del Derecho en el mundo, en la realidad humana y social; así, pues, 'concepción trascendental crítica' de los datos jurídicos de carácter positivo –Derecho válido– y empírico –Derecho eficaz–, es decir, de los resultados de la Ciencia y la Sociología del Derecho... La Ontología Jurídica es consideración crítica –ejercida desde una perspectiva de totalización– de las concepciones del mundo formuladas en relación con el Derecho, consideración y confrontación racional de las diferentes concepciones jurídicas, de los diversos modos de ver y entender el Derecho como fenómeno situado en esa total realidad humana y social"<sup>44</sup>.

La Ontología, como parte de la metafísica, ha sufrido un proceso constante de 'cientificación', es decir, ha ido convirtiéndose poco a poco en científica o filo-científica<sup>45</sup>. La Ontología Jurídica ha seguido este mismo proceso: de ser un conocimiento filosófico sobre el Derecho se ha convertido en un conocimiento científico que toma como datos principales los proporcionados por la experiencia empírica, tal como sucede con la ontología.

La primera tarea que debe abordar la Ontología Jurídica, así concebida, es la de aclarar con exactitud el sentido y la referencia del término Derecho. No se trata de dar una definición perfecta, completa, del Derecho que está dado, sino de señalar lo que se considera Derecho de una forma general. Una vez concluida esta tarea, la Ontología Jurídica "debe situar el Derecho en la corres-

44. E. DÍAZ, "Legitimidad crítica y pluralismo ideológico", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 15, 1975, p. 51. Véase en este sentido P. AMSELEK y N. MacCORMICK (eds.), *Controversies about Law's Ontology*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1991 (la edición original es en francés en 1989), en este libro se recogen diversas contribuciones que tratan los temas de los que se ocupa la Ontología Jurídica y nos muestran las tendencias que sigue la misma: objetivismo, subjetivismo y una posición intermedia, véase el trabajo de E. PATTARO, "A Final Word", p. 146.

45. Cfr. L. GARCÍA SAN MIGUEL, *Notas para una crítica de la razón jurídica*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1985, 2ª ed., pp. 121-126.

pondiente región de la realidad, deberá distinguirlo de otros posibles objetos encuadrables en la misma región. En el fondo, hacer este encuadramiento no significa más que atribuir al Derecho una propiedad: la de ser un objeto natural, espiritual, psicológico, cultural, social, etc. Luego continuará estudiando empíricamente, si es posible otras propiedades para obtener una visión cada vez más amplia (nunca completa) del fenómeno jurídico"<sup>46</sup>.

Esta progresiva empirización convierte a la Ontología Jurídica en una reflexión científica sobre el Derecho. Esta fue la pretensión de V. Kubes con la publicación de un libro titulado *Ontologie des Rechts*, donde intentó dar forma a la Ontología Jurídica bajo la apariencia, o sustituyendo a la Filosofía del Derecho<sup>47</sup>, en mi opinión este trabajo muestra claramente cuál es la pretensión de la Ontología Jurídica contemporánea. Los temas de los que se ocupa son cinco. Primero, el concepto de Filosofía del Derecho, sus contenidos y en concreto el significado de este saber para el resto de los saberes jurídicos —sobre todo para la jurisprudencia dogmática, la dogmática jurídica y la sociología jurídica—, para la psicología jurídica y el derecho político. También entra dentro del campo de esta la relación de la Filosofía del Derecho con la 'cultura del Derecho' y la metodología del Derecho. Segundo, la ontología incluye la axiología y ambas se ocupan del concepto ideal del Derecho y de las normas ideales del Derecho. Tercero, el concepto del Derecho a partir de los conceptos particulares con sus elementos (o miembros orgánicos) fundamentales, además de una reflexión sobre estos conceptos fundamentales del Derecho. En este punto, según V. Kubes, interesan sobre todo los conceptos jurídicos, los deberes jurídicos, las normas jurídicas, el derecho

46. L. GARCÍA SAN MIGUEL, *Notas para una crítica de la razón jurídica*, cit. pp. 126-127.

47. Véase V. KUBES, *Ontologie des Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986 y más recientemente "Die kritisch ontologischen Aufgaben der Rechtsphilosophie", en *Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts*, cit., pp. 207-219.

subjetivo, los sujetos del Derecho, la persona, la institución, el procedimiento jurídico, el delito, la culpa y la pena, la construcción jerárquica del ordenamiento jurídico, el funcionamiento de las normas de orden superior y de orden inferior, las lagunas de la ley, la problemática del derecho volitivo, el concepto de interpretación, aplicación y generación del Derecho. También el papel de la lógica en el ámbito jurídico, la lógica deóntica, la cuestión de la estructura lógica de la norma y de la norma jurídica y concretar particularidades características del Derecho y el funcionamiento del Derecho respecto de otros sistemas normativos. Fundamentalmente se trata de la teoría del Derecho —teoría del Derecho y del Estado y no al revés—. Cuarto, aborda la problemática de la axiología jurídica, especialmente la cuestión del sentido y finalidad del Derecho y también de la concepción jurídica del mundo, así como las relaciones del Derecho con otras instancias normativas que conviven con él en la sociedad. Quinto, la historia del pensamiento jurídico. V. Kubes con esta visión total del fenómeno jurídico parece, como se ha dicho, intentar sustituir la Filosofía del Derecho.

Este deslizamiento de la Ontología Jurídica hacia posiciones más científicas que filosóficas justifica suficientemente que se considere heredera de la Teoría General del Derecho.

La *Rechtstheorie*<sup>48</sup>, en la actualidad parece ser también un intento considerar científicamente el Derecho desde los presupuestos del positivismo jurídico. La andadura comenzó en los años setenta con el planteamiento de una serie de cuestiones en torno a la *Rechtstheorie* como son qué es, qué contenido se le asigna, qué lugar le corresponde ocupar entre las demás disciplinas jurídicas,

48. Es muy interesante para entender qué son tanto la *Rechtstheorie* como la *Legal Theory* la citada obra de M. van HOECKE, *What is Legal Theory?*, Leuven-Amersfoort, Acco, 1985; M. RODRÍGUEZ MOLINERO, "Teoría del Derecho como complemento o en sustitución de la Filosofía del Derecho", *Anuario de Derechos Humanos* 4, 1986-87, pp. 339 y ss.

qué método debe seguir, etc<sup>49</sup>. En esta polémica un colectivo de autores compuesto por H. Albert, N. Luhmann, W. Maihoffer y O. Weinberger publicó un trabajo en el que se considera la *Rechtstheorie* como la ciencia básica y fundamental de toda la Ciencia Jurídica<sup>50</sup>. Por otra parte, en la misma línea, R. Dreier considera la *Rechtstheorie* la lente a través de la cual hay que establecer la comprensión y la crítica del Derecho<sup>51</sup>.

Sentados los fundamentos, actualmente se procede en dos direcciones. De un lado, a la construcción de una posible Teoría del Derecho llenándola de un contenido específico, ya sea el estudio de la estructura y los elementos del orden jurídico y las relaciones del orden jurídico con la sociedad y la moral<sup>52</sup>, ya sea relacionándola con los problemas de la Filosofía del Derecho actual<sup>53</sup>. De otro, tratar de 'justificar' con estudios históricos la existencia y la necesidad de la *Rechtstheorie*<sup>54</sup>. De momento y

49. Cfr. G. JAHR y W. MAIHOFFER (Hrsg.), *Rechtstheorie. Beiträge zur Grundlagendiskussion*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1971.

50. Cfr. *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft*, Düsseldorf, Bertalman Universitätsverlag, 1972.

51. Cfr. *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*, Tübingen, Mohr, 1975 y A. KAUFMANN-W. HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Stuttgart, C.F. Müller, 1981.

52. Cfr. A. PODLECH, *Rechnen und Entscheiden. Mathematische Modelle juristischen Argumentierens*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976 y "Architektonik einer möglichen Rechtstheorie", *Rechtstheorie* 7, 1976, pp. 1-21; K. L. KUNZ, *Die analytische Rechtstheorie: Eine 'Rechts'-theorie ohne Recht?*, Berlin, Duncker & Humblot, 1977 y *Systematische Darstellung und Kritik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1977.

53. Cfr. A. KAUFFMANN-W. MASSEMER, *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1971.

54. Cfr. en este sentido los trabajos publicados por la colección "Schriften zur Rechtstheorie" por ejemplo en los últimos años G. DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merckels*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979; W. MINCKE, *Die finnische Rechtstheorie unter dem Einfluss der Analytischen Philosophie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979; M. FUCHS, *Allgemeine Rechtstheorie Santi Romanos*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979.

hasta donde llegan mis noticias, la *Rechtstheorie* no deja de ser un intento similar a la Teoría General del Derecho, pero hecha desde un positivismo o sociologismo jurídico que pretende dar una explicación total de fenómeno jurídico, en suma, trata de construir una Filosofía del Derecho<sup>55</sup>. No estimo importante pronunciarme sobre si ha conseguido sustituir a la Filosofía del Derecho, lo cierto es que ha abierto un surco ancho y profundo con un órgano de expresión que todavía debe dar muchos frutos.

En suma, y sin entrar en grandes profundidades, la *Rechtstheorie* intenta, por un lado, el abandono de una visión de la Filosofía con pretensiones absolutistas y fundamentales, por otro, el abandono también de una concepción autosuficiente de la reflexión filosófica en favor de una visión que no entiende el trabajo iusfilosófico sino en diálogo cooperativo con la ciencia y, por cierto, no solamente con la ciencia jurídica, sino también con la sociología, con la filosofía política, etc. En ello se expresa también la crisis de una visión solipsista de la Filosofía como fundamentante, por sí sola, del resto de los saberes.

#### 4. EL CAMINO HASTA LLEGAR A UNA LEGAL THEORY

El mundo jurídico anglosajón no ha sido muy dado a plantearse cuestiones filosóficas relacionadas con el Derecho. La misma organización de las *Schools of Law* siempre primó la orientación hacia la formación de un jurista práctico, esto es, plenamente capacitado para entender el orden legal establecido y su funcionamiento en la sociedad. Desde este punto de vista, se trata de formar a profesionales competentes para proporcionar a aquellos que requieran sus servicios un asesoramiento técnico de alta calidad dentro de los límites de la relación profesional en que

55. Cfr. J. SCHMIDT, "Die Neutralität der Rechtstheorie gegenüber der Rechtsphilosophie (Zwölf Thesen)", *Rechtstheorie* 2, 1971, pp. 95-99.

tradicionalmente se desenvuelven quienes ejercen las distintas funciones jurídicas. Esta formación está condicionada en gran parte por el sistema de enseñanza. Habitualmente las *Schools of Law* han utilizado, preferentemente, el método del caso con el fin de formar a unos alumnos orientados sobre todo a resolver problemas prácticos, no teóricos<sup>56</sup>.

Por esta razón, muchos los trabajos que intentaban aclarar qué era la *Legal Theory* en los años sesenta y setenta afirmaban, de un lado, que ésta era parte de la Jurisprudencia y que se dedicaba al estudio de aspectos relacionados con qué es el Derecho<sup>57</sup> y sus instituciones<sup>58</sup> y, de otro, que se trataba de una forma de estudiar cuestiones teóricas y básicas sobre el Derecho, que complementaban a la Jurisprudencia<sup>59</sup>.

Esta visión de la *Legal Theory* ligada casi inseparablemente a la Jurisprudencia tiene su origen, como se ha visto, en J. Austin

56. En buena medida este sistema educativo está condicionada por el *Common Law* que como es sabido, dicho de forma muy resumida, no tiene códigos normativos, sino que está basado en la jurisprudencia. Actualmente este sistema de enseñanza que se ha extendido a la *Business School* y otros centros, ha sido puesto en tela de juicio y si bien sigue siendo predominante —los alumnos de Derecho acuden a clase con el *Cases Book* bajo el brazo—, poco a poco se han ido introduciendo asignaturas cuyo contenido exige una enseñanza basada en la exposición magistral de un tema, más que en el desarrollo de un caso concreto. Véase el trabajo de J. A. PÉREZ LLEDO, "La enseñanza del Derecho en los Estados Unidos", *Doxa*, 12, 1992, pp. 41-93 y D. BELL, "Introduction. Legal Theory and the Anglo Saxon World", cit., pp. 13-14 en las que pone de relieve los condicionamientos que tuvo y tiene cualquier planteamiento teórico sobre el Derecho en el mundo anglosajón.

57. La pregunta no estaba formulada con el sentido que los filósofos del Derecho le dan: el concepto del Derecho, sino que reclamaba una explicación sobre el Derecho actual, un Derecho concreto o, a lo sumo, un sistema jurídico, pero nunca por la idea del mismo.

58. Cfr. J. HALL, *From Legal Theory to Integrative Jurisprudence*, Cincinnati, University of Cincinnati, 1964; R. W. M. DIAS, "Present State of British Legal Theory", *Rechtstheorie* 2, 1971, p. 207; R. S. SUMMERS, *Law. Its Nature, Functions and Limits*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1972, 2 ed.

59. Cfr. R. S. SUMMERS, "Present State of Legal Theory in the United States", *Rechtstheorie* 6, 1975, p. 65.

quien afirmaba que la "jurisprudencia particular... es la ciencia de cualquier sistema jurídico actual, o al menos una parte de ella"<sup>60</sup>. Esta concepción de la jurisprudencia incluye una reflexión crítica sobre todo el Derecho o bien sobre una parte de él, o incluso la discusión filosófica jurídica sobre si el derecho debe o no ser obedecido<sup>61</sup>. Esta noción de J. Austin se completa con la definición de jurisprudencia general que se dedica a la "exposición de los principios, nociones y distinciones comunes a todo sistema jurídico"<sup>62</sup>.

En este sentido, no es de extrañar que los juristas anglosajones consideraran cualquier estudio teórico sobre el Derecho como Jurisprudencia en el que incluían, como R. W. M. Dias decía, aspectos relacionados con la actividad de los jueces, problemas derivados de la desobediencia al Derecho, abusos de poder y de libertad, los problemas que plantea el avance tecnológico: tanto las computadoras, como el campo de la ciencia biomédica, cuestiones morales y filosóficas<sup>63</sup>.

Algunos autores han puesto de relieve que el desarrollo de la *Legal Theory* en el ámbito cultural de habla inglesa no superó el

60. Cfr. J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5ª ed., by R. CAMPBELL, London, J. Murray, 1885, vol II, p. 1077. Véase F. GONZÁLEZ VICEN, "Estudio preliminar", en J. AUSTIN, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Madrid, CEC, 1981, pp. 5-22.

61. Cfr. D. BELL, "Introduction. Legal Theory and the Anglo Saxon World", cit., p. 14.

62. J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, cit., vol. II, p. 1073.

63. Cfr. R. W. M. DIAS, "Present State of British Legal Theory", cit., pp. 209-219. También R. S. SUMMERS, "Present State of Legal Theory in United States", cit., pp. 69-72, hace referencia a estos temas, pero añade uno más, la consideración del Derecho Natural hecha por el L. L. FULLER. Véase también más recientemente K. P. CHAKRAVATI, *Jurisprudence and Legal Theory. An Exhaustive Study of Legal Principles and Methods and Evolution of Legal Thought*, Calcutta, Eastern Law House, 1989 y R. V. LEEPER, *Legal Theory and Supreme Court Decisions*, Ann Arbor, UMI, 1991 y B. M. YARNOLD, *Politics and the Courts. Towards a General Theory of Public Law*, New York, Praeger, 1992.

positivismo jurídico en el que se sumergió tras abandonar el ius-naturalismo racionalista ilustrado<sup>64</sup>. De esta forma, el positivismo jurídico anglosajón<sup>65</sup>, por ejemplo, el Realismo norteamericano, construyó una Teoría del Derecho instrumental, esto es, que servía sólo como medio para entender el derecho práctico. De este modo llegaron a afirmar que el Derecho es lo que el juez hace, no lo que dice que hace<sup>66</sup>. En suma, el positivismo intentó explicar el sistema jurídico como un conjunto ordenado, coherente, cerrado y autónomo compuesto por reglas, normas y decisiones o sentencias judiciales. De ahí que la *Legal Theory* estudie los conceptos sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico y se convierta en una parte de la Jurisprudencia<sup>67</sup>.

64. Cfr. A. NORRIE, "Closure and Critique: Antinomy in Modern Legal Theory", en el libro editado por él mismo *Closure or Critique. New Directions in Legal Theory*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1993, pp. IX y 3-9.

65. Cfr. H. MCCOUBREY, *The Development of Naturalist Legal Theory*, London, Croom Helm, 1987, p. 169.

66. Cfr. K. N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, New York, Oceana, 1951; J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York, Anchor, 1963 y D. C. JOHNSON-GLEBE, *Holmes' Theory of Law*, Ann Arbor, UMI, 1985. Los juristas pertenecientes al movimiento 'Realismo Jurídico' permanecieron dentro del positivismo, la bibliografía sobre el Realismo Jurídico Norteamericano es muy extensa sólo citaré, las obras ya clásicas de G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, A. Guiffrè, 1962; W. E. RUMBLE, *American Legal Realism. Skepticism and the Judicial Process*, Ithaca, Cornell University Press, 1968 y W. TWINING, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, London, Weidenfeld & Nicolson, 1973. Recientemente se han publicado algunas obras sobre este movimiento, G. J. AICHELE, *Legal Realism and Twentieth-century American Jurisprudence. The Changing Consensus*, New York, Garland Pub., 1990; W. W. FISHER, M. J. HORWITZ y T. REED (eds.), *American Legal Realism*, New York, Oxford University Press, 1993; U. DROBNIG-M. REHBINDER (Hrsg.), *Rechtsrealismus, multikulturell gesellschaft und Handelsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994.

67. Cfr. R. W. M. DIAS, *Jurisprudence*, London, Butterworth, 1976, 4 ed. y W. C. TWINING (ed.), *Legal Theory and Common Law*, Oxford-New York, Basil Blackwell, 1986. Un intento de hacer una teoría del derecho constitucional G. C. LEEDES, *The Meaning of the Constitution. A Interdisciplinary Study of Legal Theory*, Millwood-New York-London, Ass.



Desde este punto de vista, en los años setenta la *Legal Theory* se consideró no como una ciencia autónoma, sino como un aspecto de la Jurisprudencia que le otorgaba a ésta la base conceptual y teórica para su desarrollo. No es de extrañar la precisión de A. Peczenick cuando intenta responder a la pregunta "¿qué es *Legal Theory*? Tiene muchos nombres: teoría general del derecho, teoría del estado y del derecho, *Allgemeine Rechtslehre*, jurisprudencia. Su contenido es una mezcla de filosofía jurídica, metodología del derecho, sociología del derecho, análisis lógico de los conceptos jurídicos, un aspecto del estudio del derecho comparado y del derecho positivo de una nación. Su valor didáctico es grande. Puede dar a los estudiantes de derecho una información elemental sobre la filosofía y las ciencias sociales. Pienso que tal información puede facilitar su trabajo como juristas o abogados. El valor científico de la *Legal Theory* es, sin embargo, problemático. Nadie puede ser competente al mismo tiempo en disciplinas como la filosofía, la lógica, la sociología y el derecho. El progreso de la ciencia es rápido. Un jurista, aunque trabaje en el campo de la *Legal Theory*, necesita un gran esfuerzo para llegar a ser un experto en una parte de la lógica, la filosofía o la sociología. Con el fin de llegar a realizar un trabajo creativo valioso, debe encontrar un objeto de discusión que requiera una combinación de su formación jurídica con un conocimiento general de las disciplinas no estrictamente jurídicas citadas. Y espero encontrar ese objeto en el terreno de los principios jurídicos"<sup>68</sup>. Esta afirmación de A.

Faculty Press Inc., 1984. Véase también E. KAMENKA, R. S. SUMMERS y W. L. TWINING (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz und realistische Theorien des Rechts. Sociological Jurisprudence and Realist Theories of Law*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986; P. S. ATIYAH~R. S. SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

68. A. PECZENICK, "Principles of Law: the Search of Legal Theory", *Rechtstheorie*, 2, 1971, p. 17. Poco antes de escribir este artículo A. PECZENICK recopiló algunos de sus trabajos anteriores y él mismo los editó bajo el rótulo *Essays in Legal Theory*, Copenhagen, s.e., 1970.

Peczenick muestra que la *Legal Theory* no se consideraba una disciplina autónoma dentro de los estudios jurídicos y que para poder realizar un trabajo valioso era necesario la combinación de diferentes conocimientos que son difíciles de armonizar y que un jurista, por bien formado que esté, puede llegar a conocerlos todos con gran esfuerzo.

Esta situación de la *Legal Theory* es semejante a la que vivió la Teoría General del Derecho a la que alude A. Peczenick en los años finales del siglo XIX, pero a la inversa de lo que sucedió en la tradición continental europea, los juristas del *Common Law* siguieron aferrados a los planteamientos científicos y no evolucionaron hacia una Filosofía del Derecho. De ahí que esta disciplina académica europea tenga poco arraigo en las *Schools of Law* anglosajonas<sup>69</sup>.

## 5. EL SENTIDO DE LA LEGAL THEORY ACTUAL

La *Legal Theory* ha evolucionado en las últimas décadas. Aunque los autores siguen considerando la *Legal Theory* como una

69. No quiero decir con esto que entre los juristas anglosajones no se haya cultivado la Filosofía del Derecho, baste citar a modo de ejemplos los trabajos de F. S. COHEN, *Ethical Systems and Legal Ideals. An Essay on the Foundation of Legal Criticism*, New York, Brace, 1933 y *The Legal Conscience. Selected Papers*, New Haven, Yale University Press, 1960; W. EBBSTEIN, *The Pure Theory of Law*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1945; también las obras de L. L. FULLER, *The Law in Quest of Itself*, Boston, Bacon Press, 1966 (son lecciones impartidas en 1940), *The Problems of Jurisprudence. A Selection of Readings Supplemented by Comments Prepared by the Editor*, Brooklyn, Foundation Press, 1949, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964, *Legal Fictions*, Stanford, Stanford University Press, 1967. Hubo intentos de construir una *Legal Theory* como una reflexión filosófica sobre el Derecho, G. NIEMEYER, *The Significance of Function in Legal Theory*, New York, New York University School of Law, 1941. Más adelante me referiré a H. L. A. HART.

parte de la Jurisprudencia<sup>70</sup>, y esto no debe extrañar porque la mayoría de los trabajos que tienen como título *Legal Theory* o lo incluyen en él, suelen dedicar una parte extensa al desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica, bien desde un punto de vista teórico o sistemático, bien refiriéndose al estudio de un autor o un conjunto de autores concretos<sup>71</sup>.

70. Cfr. J. FINCH, *Introduction to Legal Theory*, London, Sweet & Maxwell, 3 ed., 1979, p. VII (existe versión en castellano de 1977). Véase también el libro publicado por R. F. DEVLIN (ed.), *Canadian Perspectives on Legal Theory*, Toronto, Edmond Montgomery Publ. Ltd., 1991, en el que sus capítulos tratan de ser un índice de problemas que debe abordar la *Legal Theory* (liberalismo, la relación entre el Derecho y la economía y la moral, la interpretación constitucional, el feminismo, etc.) todos esos aspectos se resumen en una palabra: la Jurisprudencia; R. S. SUMMERS, *Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992.

71. Cfr. A. PECZENICK, L. LINOHALZ y B. van ROERDMUND (eds.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht-Boston-Lancaster, D. Reidel, 1984, en el que se recogen en nueve capítulos diversas contribuciones de destacados juristas y filósofos sobre diferentes aspectos relacionados con la Ciencia del Derecho; B. S. JACKSON, *Semiotics and Legal Theory*, London-Boston, Routledge & Kegan Paul, 1985; C. DOUZINAS, R. WARRINGTON y S. MCVEIGH, *Postmodern Jurisprudence. The Law of Text in the Text of Law*, cit., pp. 242-243 en las que reflejan la polisemia del término *Legal Theory*; W. SADURSKI (ed.), *Ethical Dimensions of Legal Theory*, Amsterdam-Atlanta, Rodopi, 1991, donde se recogen contribuciones de diferentes autores que tienen como denominador común mostrar cómo la *Legal Theory* necesita fundamentarse en la moral. La mayoría de las contribuciones se centran en el problema del razonamiento legal y de la interpretación jurídica; M. H. KRAMER, *Legal Theory, Political Theory and Deconstruction. Against Rhadamanthus*, Bloomington-Indianapolis, Indiana University Press, 1991, se trata de un estudio sobre la Jurisprudencia y HART (pp. 95 y ss.) y una crítica al movimiento conocido como *Critical Legal Studies* (pp. 205 y ss.); D. M. PATTERSON (ed.), *Wittgenstein and Legal Theory*, Boulder-San Francisco-Oxford, Westview Press, 1992; M. D. BAYLES, *Hart's Legal Philosophy. An Examination*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 1992; A. MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, el libro es un estudio sobre el problema de la argumentación jurídica según R. DWORKIN y J. RAZ; D. LYONS, *Moral Aspects of Legal Theory. Essays on Law, Justice and Political Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, en el que aborda problemas que habitualmente se incluyen dentro de la *Legal*

No obstante existen reiterados intentos de llegar a constituir la *Legal Theory* como una disciplina autónoma separada de la jurisprudencia<sup>72</sup>. De este modo, el mismo J. Finch afirma que su trabajo no es un estudio de jurisprudencia —tal como se entiende en el mundo académico anglosajón—, sino de *Legal Theory* que consiste en un intento de describir y analizar los elementos esenciales y constitutivos del Derecho, pero no oculta que en este sentido la *Legal Theory* sería una 'parte general' de la Jurisprudencia y, por tanto, no sería totalmente independiente. No obstante la diferencia entre ambas radica en sus respectivos contenidos: la Jurisprudencia hace uso de conceptos como la posesión, la negligencia, la responsabilidad, la justicia, etc. Por su parte, la *Legal Theory* lo que hace es definirlos y acotar su sentido y significado para llegar a explicar la naturaleza misma del Derecho<sup>73</sup>, en suma se trata de responder a la cuestión ¿qué es el Derecho? y, como es sabido, dentro de esta pregunta están implicadas otras muchas que hacen referencia al ser y a la realidad del Derecho según los mismos atributos que se le han conferido.

En este sentido la propuesta de J. Finch es muy semejante a lo que actualmente conocemos o incluimos dentro de los programas de Teoría del Derecho debe proyectar su reflexión sobre aquel sector de la problemática jurídico-filosófica que se ocupa de

*Theory* como la moralidad del Derecho, la Justicia, la separación entre el Derecho y la Moral, la argumentación e interpretación jurídicas y la teoría constitucional.

72. Véase en este sentido la obra de J. FINCH, *Introduction to Legal Theory*, cit., pp. 1-2, seguiré algunas de las ideas expuestas por este autor y P. SOPER, *A Theory of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1984 en la que trata de construir una *Legal Theory* que se ocupe tanto de responder a la pregunta de qué es el Derecho de una forma especulativa, como de explicar por qué hay obligación de obedecer las leyes, esto es, una filosofía política.

73. Cfr. J. FINCH, *Introduction to Legal Theory*, cit., p. 1: "*Legal Theory* implica un estudio de las características esenciales del Derecho que son comunes a todos los ordenamientos jurídicos. Uno de sus objetivos principales es el análisis de los elementos básicos del Derecho, es decir, aquello que se constituye en Derecho y que lo distingue de otras reglas y otros usos sociales".

responder a la pregunta central acerca del ser del Derecho y deberá formular una noción o concepto en el que queden reflejados sus caracteres o rasgos diferenciadores esenciales. En consecuencia, ha de llevar a cabo, en primer lugar, un examen del Derecho, que sea capaz de mostrar su última razón de ser y sus raíces de su existencia. Y para ello, deberá analizarlo en su contexto existencial específico, esto es, en la trama de relaciones sociales en la que el sujeto, autor y destinatario del Derecho, desarrolla su vida. En suma, se trata de estudiar y llegar a establecer una noción clara, en primer lugar, del Derecho como elemento regulador de la organización social y sus relaciones con otras entidades determinantes y operativas en la sociedad, que acompañan y condicionan su nacimiento, su desarrollo y su eficacia. En segundo término, será preciso delimitar la normatividad jurídica para alcanzar un concepto del derecho sin confundirlo y destacándolo de otras nociones como la ley, las normas técnicas, la moral y los usos sociales. El tercer lugar, estaría ocupado por el estudio y la definición de los caracteres y de los principios jurídicos fundamentales. El cuarto lugar, lo constituye el proceso de realización, creación, aplicación, interpretación y extinción del Derecho. En último lugar habría que situar el estudio –y definición– de los conceptos o categorías jurídicas básicas que aparecen ligadas de forma necesaria a la propia noción del derecho como normatividad social específica.

En suma, la *Legal Theory*, como la Teoría del Derecho, intenta llegar a establecer una noción del Derecho, una visión general de la función y el sentido del mismo dentro de la organización social con el objetivo de entender el Derecho.

Establecidas estas precisiones se puede entender mejor cuál es el sentido de la *Legal Theory* en la actualidad en el ámbito jurídico anglosajón<sup>74</sup>. El citado trabajo de D. Bell intenta mostrar al lector de habla inglesa, formado en la tradición jurídica del *Common*

74. Ya se ha mostrado la inicial identificación con la Jurisprudencia, los intentos de separación tanto de ella como de la consideración filosófica del Derecho.

*Law*, cuál es sentido de la *Legal Theory* en su ámbito cultural que, como se ha puesto de relieve en este trabajo, es algo nuevo en el mundo anglosajón que hasta hace poco tiempo era totalmente ajeno a este tipo de consideraciones y reflexiones sobre el Derecho.

La *Legal Theory*, sin dejar de pertenecer a la Jurisprudencia, en la actualidad es una versión de ella muy cercana a las necesidades de los juristas, los abogados y de los estudiantes de Derecho<sup>75</sup>, porque ofrece una reflexión crítica sobre lo que ellos están haciendo en el desarrollo normal de su profesión y en sus estudios. Para un jurista el Derecho implica necesariamente una actitud crítica que se manifiesta de diferentes formas. La más común consiste en una explicación sistemática de qué es el Derecho; por tanto, se está en un nivel no dogmático, sino teórico, en el que se trata de explicitar cuestiones que atañen a la metodología, a los conceptos fundamentales y a la organización de los mismos, pero también se está considerando el valor social y moral del trabajo de los juristas desde el mismo momento en que éstos actúan dentro de la sociedad. De ahí que los cultivadores de la *Legal Theory* tengan que recurrir a planteamientos próximos a la filosofía moral y política.

Por otra parte, se ha puesto de manifiesto que la *Legal Theory* tiene una gran eficacia en la formación de los juristas, porque reflexionar de forma crítica sobre el Derecho, sus instituciones<sup>76</sup>,

75. Cfr. D. BELL, "Introduction. Legal Theory and the Anglo Saxon World", cit., p. 11 y R. F. DEVLIN, en *Canadian Perspectives on Legal Theory*, cit., p. 1 en la que el autor afirma la necesidad y la utilidad de construir una *Legal Theory* que responda a los intereses tanto de los estudiantes como de los profesionales del Derecho.

76. Fruto de esta preocupación por llegar a fundamentar o justificar teóricamente las instituciones jurídicas del *Common Law* pueden citarse los números monográficos que se publican en la revista *Nomos* desde 1959, en los que se pueden encontrar trabajos que elaborados desde diversas perspectivas científicas en los que se estudia un tema o una instituciones jurídica concreta. Recientemente el número de estudios sobre historia y fundamentación de instituciones jurídicas van creciendo entre los juristas anglosajones, baste citar a modo de ejemplo, J. BARTON (ed.), *Towards a General Law of Contract*,

etc. ayuda a tener una noción del mismo no reducida a la letra de unos códigos o unas sentencias, sino que permite elevarse un poco más y considerarlo como un instrumento capaz de promover en la sociedad la justicia, la igualdad, la paz y la concordia<sup>77</sup>. Así la *Legal Theory*, considerada como reflexión sobre lo que juristas hacen, es distinta tanto a un tratamiento dogmático, como a una explicación sistemática del Derecho, y también difiere de la visión del mismo como una disciplina científica y de carácter exclusivamente empírico. Sin embargo, esto no quiere decir que tenga el carácter especulativo de la Filosofía del Derecho, tal como esta disciplina se ha cultivado sobre todo en Europa. La Filosofía del Derecho no tiende a explicar qué es lo que hacen los juristas; precisamente porque la *Legal Theory* se ocupa de ello, se hace especialmente apta para quienes pueden legítimamente cultivarla con algún nivel de competencia<sup>78</sup>.

Berlin, Duncker & Humblot, 1990 y J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

77. Cfr. D. BELL, "Introduction. Legal Theory and the Anglo Saxon World", cit., p. 12. En este sentido puede verse el trabajo de R. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, Parte IV, capítulo 11, pp. 313-352.

78. Me parece muy interesante la tesis mantenida en 1969 por A. PECZENIK en un trabajo titulado "Towards a Juristic Theory of Law", en *Essays in Legal Theory*, cit. pp. 169-194, en el que propone la elaboración de una nueva *Legal Theory* basada exclusivamente en los, como dicen los anglosajones, materiales o elementos que usan los juristas en su trabajo: los textos legales, las reglas para su correcta interpretación y todo ellos combinado con los estudios de derecho comparado. Véase también en este sentido D. BELL, "Introduction. Legal Theory and Anglo Saxon World", cit., p. 13. Las precisiones que hace J. A. PÉREZ LLEDO, "La enseñanza del Derecho en Estados Unidos", cit., pp. 56-57, sobre el sentido que tiene la Filosofía del Derecho entre los profesores y juristas norteamericanos son muy pertinentes para entender estas ideas. Como ejemplos se pueden citar las obras de D. A. J. RICHARDS, *The Moral Criticism of Law*, Belmont, Wadsworth Publishing Co., 1977 que pretende ser un texto para el estudio de la Filosofía del Derecho; la conocida obra de R. DWORKIN (ed.), *Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977 y el libro de H. L. A. HART, *Punishment and*

No es acertado desde mi punto de vista, establecer en el mundo anglosajón una frontera impenetrable entre *Legal Theory* y Filosofía del Derecho basándose en que la primera es empírica y usa el método científico y la segunda es especulativa. La razón está en que la filosofía que ha dominado este ámbito geográfico y cultural ha sido el utilitarismo y el pragmatismo<sup>79</sup>. Para estas

*Responsability. Essays in Philosophy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1992, reimpresión.

79. La bibliografía sobre el utilitarismo y el pragmatismo anglosajón es muy amplia, cito sólo algunos de las obras más conocidas para completarla puede consultarse en la obra de J. J. MORESO, *La teoría del Derecho en Bentham*, Barcelona, PPU, 1992 pp. 389-432; M. BRINT, *Pragmatism in Law and Society*, Boulder, Westview Press, 1991; R. G. FREY (ed.), *Utility and Rights*, Oxford, Blackwell, 1985; S. GUEST, "Utilitarianism, Economics and the Common Law", *Otago Law Review*, 67, 1983, pp. 645-597; D. LYONS, *Form and Limits of Utilitarianism*, Oxford, Clarendon Press, 1965, "Legal Formalism and Instrumentalism. A Pathological Study", *Cornell Law Review*, 66, 1981, pp. 379-393; S. M. QUEVEDO, "Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory", *California Law Review*, 73, 1985, pp. 119-157; A. QUINTON, *Utilitarian Ethics*, London, MacMillan, 1973; D. A. J. RICHARDS, "Instrumentalism and American Legal Theory", *Journal of Legal Education*, 34, 1984, pp., 549-551; J. J. L. SMART-B. WILLIAMS, *Utilitarianism. For and Against*, Cambridge, Cambridge University Press, 1973 (existe versión en castellano de 1981); S. D. SMITH, "The Pursuit of Pragmatism", *The Yale Law Journal*, 100, 1990, pp. 409-449; R. S. SUMMERS, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, Cornell University Press, 1982, "On Identifying and Reconstructing a General Legal Theory", *Cornell Law Review*, 69, 1984, pp. 1014-1046; A. SEN-B. WILLIAMS, *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Harvard University Press, 1979; B. PRENDES GARCÍA, *Jeremy Bentham: política y Derecho los orígenes del Estado Constitucional*, Madrid, CEC, 1988; VV. AA., *Bentham et l'utilitarisme moderne*, Wetteren, Universa, 1982; D. HOFFE, *Einführung in die utilitarische Ethik. Klassische und zeitgenössische Texte*, München, C. H. Beck, 1975; P. GERARD, F. OST, M. van der KERCOVE (eds.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 1987; C. L. SHENG, *A New Approach to Utilitarianism. A Unified Utilitarian Theory and Its Application to Distribute Justice*, Dordrecht, Kluwer, 1991; B. SCHWARTZ, *Algunos artífices del derecho norteamericano*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985; L. DUGUIT, *El pragmatismo jurídico*, Madrid, Francisco Beltrán, 1924; P. S. ATIYAH,



corrientes de pensamiento —como es sabido—, los aspectos abstractos o teóricos como lo justo, lo equitativo, la igualdad... esto es, los conceptos, se reducen a cuestiones de hecho sobre las preferencias de las personas<sup>80</sup>.

Esta situación se ha ido mitigando en parte por la progresiva introducción de los juristas en cuestiones de índole filosófica, como por ejemplo la justicia<sup>81</sup>. Este paso decisivo se ha dado a remolque de los economistas y de los filósofos de la moral y política. No es de extrañar cómo H. L. A. Hart es deudor de la filosofía analítica, R. Posner del Análisis Económico del Derecho que se desarrolló en la University of Chicago por economistas tan famosos como M. Friedman, que el movimiento conocido como los *Critical Legal Studies* dependa en gran parte de los planteamientos filosóficos de la Escuela de Frankfurt, que R. Dworkin deba mucho a las propuestas de filosofía moral y política de J. Rawls y se podría seguir enumerando más influencias entre los juristas<sup>82</sup>. Aunque si bien esto es cierto, los juristas anglosajones

*Pragmatism and Theory in English Law*, London, Stevens & Sons, 1987; T. LÖFFELHOLZ, *Die Rechtsphilosophie des Pragmatismus. Eine Kritische Studie*, Meisenheim am Glan, Anton Hain KG, 1961.

80. En este sentido es paradigmático como J. AUSTIN en sus *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, cit., Vol. I, lecciones III y IV se dedica a la discusión del principio de utilidad.

81. Cfr. T. CAMPBELL, *Justice*, Atlantic Highlands, Humanities Press International, 1988.

82. Cfr. en este sentido las obras de M. PAWLIK, *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Hart*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993; M. D. BAYLES, *Hart's Legal Philosophy. An Examination*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 1992; J. A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart: un intento de configuración del derecho como sistema normativo autónomo*, Madrid, Tecnos, 1989; J. R. DE PÁRAMO ARGÜELLES, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Madrid, CEC, 1984; S. GUEST, *Roland Dworkin*, Edingburgh, Edinburgh University Press, 1992; L. ALEXANDER, "Striking Back at the Empire: a Brief Survey of Problems in Dworkin's Theory of Law", *Law and Philosophy*, 6, 1987, pp. 357-380; T. R. S. ALLAN, "Dworkin and Dicey: the Rule of Law as Integrity", *Oxford Journal of Legal Studies*, 8, 1988, pp. 266-277, "Justice and

se interesan más por el análisis de aspectos relativos a los

Fairness in Law's Empire", *Cambridge Law Journal*, 52, 1993, pp 64-88; S. W. BALL, "Dworkin and His Critics: the Relevance of Ethical Theory in Philosophy of Law", *Ratio Juris*, 3, 1990, pp. 385-398; S. J. BURTON, "Roland Dworkin and Legal Positivism", *Iowa Law Review*, 73, 1987, pp. 109-129; A. CALSAMIGLIA, A., "Ensayo sobre Dworkin", en *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 7-27, "Dworkin and the Focus on Integrity", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 80, 1994, pp. 52-65, "El concepto de integridad en Dworkin", *Doxa*, 12, 1992, pp. 155-176 (reeditado con algunos añadidos bajo el título "Justicia, Eficiencia y Derecho" en la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1, 1988, pp. 305-355; M. COHEN, *Roland Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London, Gerald Duckworth, 1984; D. COUZENS, "Dworkin's Constructive Optimism versus Deconstructive Legal Nihilism", *Law and Philosophy*, 6, 1987, pp. 321-356; J. DONATO, "Dworkin and Subjectivity in Legal Interpretation", *Stanford Law Review*, 40, 1988, pp. 1517-1541; S. C. HICK, "Dworkin, Society and Being in Law", *University of Bridgeport Law Review*, 5, 1984, pp. 261-308, "Liberte et egalité: Rawls et Dworkin et la philosophie du droit des Etats-Unis", *Revue de Droit Université de Sherbrooke*, 12, 1982, pp. 483-497, "The Politics of Jurisprudence: Liberty and Equality in Rawls and Dworkin", *Catholic Lawyer*, 25, 1980, pp. 106-124; L. PRIETO SANCHIS, "Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 14, 1985, pp. 353-378; R. SARTORIUS, "Dworkin on Rights and Utilitarianism", *Utah Law Review*, Spring 1981, pp. 263-273; J. I. GARCÍA MARTÍNEZ, *La teoría de la justicia de John Rawls*, Madrid, CEC, 1985; G. M. COHEN, "Posnerian Jurisprudence and Economic Analysis of Law: the View from the Bench", *University of Pennsylvania Law Review*, 133, 1985, pp. 1117-1166; J. G. BROWN, "Posner prisoners and pragmatism", *Tulane Law Review*, 66, 1992, pp. 1117-1178; R. F. GRANT, "Judge Richard Posner's Wealth Maximization principle: Another Form of Utilitarianism?", *Cardozo Law Review*, 10, 1989, pp. 815-845; M. TUSHNET, "Critical Legal Studies: A Political History", *The Yale Law Journal*, 100, 1991, 1515-1544; A. ALTMAN, *Critical Legal Studies. A Liberal Critique*, Princeton, Princeton University Press, 1990; D. A. PRICE, "Taking Rights Cynically: A Review of Critical Legal Studies", *The Cambridge Law Journal*, 48/2, 1989, pp. 271-301; M. KELMAN, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Harvard University Press, 1987; R. M. UNGER, "The Critical Legal Studies Movement", *Harvard Law Review*, 96, 1983, pp. 561-675; D. BELL, "Introduction. Legal Theory and the Anglo Saxon World", cit., p. 16.

conceptos jurídicos y a la metodología del Derecho que por ideas filosóficas propiamente dichas<sup>83</sup>.

Esta es la razón por la que la *Legal Theory* está adquiriendo una gran importancia y además va tomando un carácter interdisciplinar ya que en su constitución están interviniendo sociólogos, economistas, científicos positivos (matemáticos, médicos, etc.) pues se intenta que el aporte de cada uno de ellos desde su propio método de trabajo promueva una comprensión integral de la sociedad y de los valores sobre los que se asienta para así poder entender mejor el Derecho y su funcionalidad social<sup>84</sup>.

## 6. CONCLUSIÓN

Desde mi punto de vista, la *Legal Theory*, asimilada o identificada unas veces con la *Jurisprudence* y otras con la *Philosophy of Law*<sup>85</sup>, es la versión angloamericana de lo que la tradición continental —como la denominan los juristas anglosajones— llamamos Teoría del Derecho o Teoría Fundamental del Derecho.

83. Cfr. D. BELL, "Introduction. Legal Theory and the Anglo Saxon World", cit., p. 17 y B. A. ACKERMAN, "Four Questions for Legal Theory", *Nomos*, 22, 1980, pp. 351-375.

84. Cfr. A. PECZENIK, "Towards the Juristic Theory of Law", cit., pp. 186-189.

85. Cfr. M. P. GOLDING, *Philosophy of Law*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1975, pp. 2-4, se trata de un intento desde la filosofía de diferenciar la *Legal Theory* de la Filosofía del Derecho. Así afirma que la Filosofía del Derecho estudia al Derecho desde dos puntos de vista: normativo o justificativo y analítico o conceptual. Los filósofos del Derecho como actividad previa deben definir qué es lo bueno, lo justo, etc. y posteriormente deben analizar y estudiar el concepto de Derecho, esto es, lo que se conoce como la idea de Derecho. Sin embargo, la *Legal Theory* se centra en aspectos orientados más hacia la práctica: ¿qué se dice cuando se afirma que existe un sistema jurídico en la sociedad? Y se concluye que la Filosofía del Derecho se cuestiona sobre la naturaleza del Derecho y la *Legal Theory* por los criterios o condiciones de su existencia del mismo, su relación con la moral, por la validez, obligatoriedad, etc.

Asimismo, es también una consideración no filosófica del Derecho, esto es, científica, que se ocupa de cuestiones como la naturaleza y función de las normas, el establecimiento de los criterios de validez, las relaciones entre derecho y moral, etc. Todo este conjunto de cuestiones se estudian desde un planteamiento metodológico pragmático<sup>86</sup> siguiendo, como se ha visto, la tradición filosófica utilitarista y empirista muy arraigadas en el pensamiento anglosajón<sup>87</sup>.

La *Legal Theory* se ha convertido actualmente una forma de considerar el Derecho que influye tanto en la formación de los futuros juristas, como en el desarrollo de las distintas profesiones jurídicas, puesto que aporta una perspectiva del fenómeno jurídico complementaria a la propuesta por la dogmática jurídica<sup>88</sup>, pero necesaria para llegar a tener una visión global del Derecho en cuya constitución y desarrollo intervienen diferentes disciplinas<sup>89</sup>.

Por tanto, la *Legal Theory* fue una consideración científica del Derecho, tal como lo fue la *Allgemeine Rechtslehre*, que sirvió de introducción a las diferentes disciplinas jurídicas: *Jurisprudence*, *Tort*, *Contract*, *Property*, etc. En la actualidad, gracias a la apertura de las *Schools of Law* a otros campos del saber —filosofía moral y

86. Cfr. M. BRINT, *Pragmatism in Law and Society*, Boulder, Westview Press, 1991.

87. Cfr. A. PECZENICK, "Principles of Law: The Search for Legal Theory", cit., p. 17. A pesar de todo han existido intentos de separar ambas, pero esto es más artificial que real, o bien lo que se trata de diferenciar es la una *Legal Theory* que es equivalente a la Teoría General del Derecho de la Filosofía del Derecho, véase M. van HOECKE, *What is Legal Theory?*, cit., p. 64.

88. Cfr. S. JORGENSEN, "The State of Legal Dogmatics", en *Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts*, cit., pp. 35-44.

89. Cfr. D. BELL, "Introduction. Legal Theory and Anglo Saxon World", cit., pp. 24-25 y en el mismo sentido más recientemente el trabajo de A. NORRIE, "Closure and Critique: Antinomy in Modern Legal Theory", cit., pp. 16-17 en el que pone de relieve la necesidad de construir una *Legal Theory* acudiendo a diversas disciplinas pues todas ellas pueden contribuir a decantar tanto el camino como el método que debe seguir en el futuro.

política, economía, sociología<sup>90</sup>...— que eran extraños y ajenos al Derecho, se está aproximando a una consideración filosófica del Derecho semejante a los planteamientos de lo que conocemos como Filosofía del Derecho.

90. Cfr. R. COTTERRELL, *Laws Community. Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

