

El lugar de la moderna teoría jurídica

Por ANGELES LOPEZ MORENO

Murcia

1. *Introducción*

Desde diferentes posiciones doctrinales se ha venido insistiendo en la afirmación de que si la filosofía jurídica «quiere ser lo que debe ser», no puede limitarse a aplicar la teoría filosófica dominante o, los supuestos «de moda», al orden del Derecho. Esto significaría forzarla, precisamente, «a lo que no debe ser». Por el contrario, la filosofía jurídica ha de plantear su problemática desde el Derecho mismo; ahora bien, desde una actitud crítica y valorativa que permita incorporar los métodos y las soluciones adecuadas a su objeto, provenientes de otros ángulos filosóficos y científicos.

Sin embargo, como muy bien ha señalado A. Ollero, «esta posición choca frontalmente con la cada vez más creciente “mitificación del método” y el intento de diseñar una saber sobre el Derecho que cumplimentaría las exigencias metodológicas de la racionalidad científica»¹. «Durante largo tiempo, —sigue afirmando Ollero— el método, diseñado apriorísticamente, ha venido condicionando a la verdad; cuando es la realidad y no el método la que condiciona la verdad. El fracaso de esta actitud ha sido mostrado por los nuevos planteamientos, (llevados a cabo particularmente por la hermenéutica gadameriana) de la relación entre verdad y método y, como consecuencia de la articulación entre teoría y praxis que encuentra en el derecho una versión arquetípica»².

Con todo, haciendo el método determinante de la racionalidad científica, la filosofía queda reducida a ciencia, a teoría y metodología de la ciencia, metaciencia, pero como a su vez la ciencia queda reducida a su propio

1. Cfr. A. OLLERO TASSARA, *Derechos humanos y metodología jurídica*, C.E.C. Madrid. 1989. pag. 23.

2. *Ibid.* pág. 22.

lenguaje, la filosofía queda reducida también a «análisis lógico del lenguaje científico», investigación semiótica y, al fin, metalógica.

2. Denominación y significado de la teoría del derecho

Desde estas coordenadas, no es difícil comprender la actual polémica creada en torno a la posible sustitución de la «Filosofía del Derecho» por la «Teoría jurídica» («Rechtstheorie», «Legal Theory», «Theorie du Droit»). En la República Federal Alemana, según expone Ralf Dreier³, existe una preferencia generalizada por la denominación de «Rechtstheorie», si bien «sobre lo que ha de entenderse efectivamente por Teoría del Derecho, existe cualquier cosa menos unanimidad»⁴.

Esta última afirmación es compartida por A. Kaufmann para quien cualquier intento de formular el significado de la Teoría jurídica conlleva serias dificultades, que vienen dadas no sólo por problemas referidos a su delimitación, sino porque la manera cómo son tratados es también diferente⁵. Quizá por ello Kaufmann no encuentra ninguna diferencia esencial entre Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho, insinuando contenidos teóricos muy próximos.

A pesar de las dificultades existentes en torno al significado de la Teoría del Derecho, en la actualidad parece afianzarse la opinión de que dicha Teoría es el *aspecto formal y estructural* de la Filosofía del Derecho⁶; con esto, a primera vista parece no diferenciarse de la Teoría General del Derecho, interesada en la investigación lógico-formal (concepto, estructura, formas fundamentales del Derecho...) y apoyo metodológico para la aplicación y crítica del derecho positivo. No obstante, la Teoría del Derecho va más allá que la Teoría General del Derecho, buscando el aspecto formal a través de nuevos planteamientos epistemológicos. En realidad, la Teoría del Derecho puede ser calificada como una *forma de Filosofía del Derecho* en sentido amplio⁷, «concretamente aquella forma que se orienta por el modelo episte-

3. DREIER, R., «Concepto y función de la Teoría General del Derecho (trad. de Gregorio Robles Morchón), Revista de la Facultad de Derecho de la Univ. Complutense (nueva época), n.º 52, Madrid, 1978, pag. 112.

4. Ibid. p. 113.

5. A. KAUFMANN, W. HASSEMER (Hrsg.) *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* 5. Aufl., C.F. Müller, Heildeberg, 1989. p. 10, citando a Ulrich Schroth, cuando al preguntar «Was ist denn nun aber die Rechtstheorie?», responde: «Will man heute formulieren, was der Begriff Rechtstheorie... bedeutet, so gerät man in Bedrängnis...». En «Was ist und was soll Rechtstheorie?», en JA, 1972, pag. 1 y ss; op. cit. p. 10.

6. Así KAUFMANN: «... bei der Rechtstheorie geht das Interesse mehr auf formelle und strukturelle Momente, bei der Rechtsphilosophie in egeren Sinne auf das Inhantliche», op. cit. pág. 12.

7. He aquí algunos textos de Gregorio ROBLES MORCHÓN, que pueden servir para deslindar y aclarar la significación de la Teoría jurídica: «Llamaremos filosofía de Derecho o filosofía jurídica en *sentido amplio* a toda forma de aproximación intelectual al fenómeno jurídico, cuyo cometido sea la comprensión totalizadora u omnicompreensiva del mismo». (*Introducción a la Teoría*

mológico del análisis del lenguaje»⁸. De aquí que no quepa confundirla con la Teoría General del Derecho (entendida como la parte general de las partes generales de la Dogmática jurídica) surgida en el marco del positivismo jurídico y, por tanto, lastrada de los defectos y «errores» que a éste le son imputables⁹.

La Teoría General del Derecho de corte positivista —tanto en su línea normativista como no normativista— había desembocado en lo que Hans-Peter Schneider denomina «Teoría del Derecho sin Derecho»¹⁰, desvinculando cada vez más la teoría de la praxis, y alejándose cada vez más de su objeto: el Derecho.

Ahora, sin embargo, la Teoría del Derecho, según expone Gregorio Robles, pretende «encontrar un camino idóneo para el desarrollo de una filosofía jurídica útil para los juristas, adaptada a sus problemas y a sus inquietudes»¹¹; se trata de una filosofía jurídica para juristas en donde se dan la mano el filósofo y el jurista.

Según el mismo autor, con esta nueva denominación se pretende separarse de las implicaciones metafísico-ontologistas tanto del Derecho natural como de la filosofía del Derecho, al igual que la configuración de un nuevo planteamiento epistemológico que sea capaz de superar la antinomia iusnaturalismo-iuspositivismo. De aquí que la Teoría del Derecho se constituya como filosofía jurídica del positivismo asentada ahora —y esta sería su diferencia con la Teoría General del Derecho— en el lenguaje y en las aportaciones de la herméutica filosófica¹². Con este enfoque se puede construir una teoría del Derecho dirigida a satisfacer las necesidades intelectuales, teóricas y prácticas, del jurista, que hasta hoy no había dado sus frutos,

del Derecho, ob. cit. pág. 21). Y más adelante: «Utilizamos esta expresión en su acepción amplia como toda forma de especulación teórico-cognoscitiva sobre el Derecho con pretensiones de incardinar el tema jurídico en un contexto de cosmovisión». Ibid. pág. 23. En su *acepción estricta* llamamos Filosofía del Derecho cuando esta «se reduce a la especulación filosófica sobre el Derecho que tiene por base los planteamientos intelectuales del positivismo y el historicismo... Utilizamos «filosofía del derecho» o «filosofía jurídica» (con minúscula) para referirnos a la *acepción amplia* y «Filosofía del Derecho» (con mayúscula) para referirnos a la *acepción estricta*. Cuando la mentalidad positivista entra en crisis será preciso una propuesta sustitutoria de esta forma de pensamiento jurídico, a la cual llamaremos *Teoría del Derecho*» (Ibid.).

8. Ibid. pág. 156.

9. Ibid.

10. Hans-Peter SCHNEIDER, «*Rechtstheorie ohne Recht? Zur Kritik des spekulativen Positivismus in der Jurisprudenz*», en *Mensch und Recht*, Festschr. für E. Wolf, Frankfurt a. M., 1972, págs. 108-136.

11. G. ROBLES, *Introducción...* pág. 11. Por su parte, M. RODRÍGUEZ MOLINERO, en su claro y documentado artículo «*Teoría del Derecho como complemento o sustitución de la Filosofía del Derecho*», entre los motivos que propician al renacimiento o al interés hacia la Teoría jurídica, destaca, por una parte, y apoyándose en cita de F. Bacon con la que inicia su exposición, la queja permanente de los profesionales del Derecho sobre la carencia de utilidad práctica de la Filosofía del Derecho. Queja que se acrecienta en momentos de progreso social y estabilidad política. Esto hace que, en segundo lugar, la razón determinante de este florecimiento radique «en la aspiración, cada vez más intensa, a una mayor atención a los problemas sociales con los que necesariamente ha de contar el Derecho»; interés cada vez mayor hacia la sociología en general y hacia la sociología del Derecho en particular. En Anuario de Derecho Humanos n.º 4, Madrid, 1986-87, págs. 340-341.

12. G. ROBLES, Ibid.

pues las teorías iusnaturalistas habían orientado sus «esfuerzos a los cielos», mientras que el iusnaturalismo, de tanto centrarse en la tierra se había «olvidado del sentido»¹³. Pues bien —y esta es la tesis central de G. Robles—: «Ni la idea del Derecho ni el hecho del Derecho, sino el lenguaje del Derecho constituye la vía superadora y comprensiva de la Teoría del Derecho natural y del positivismo jurídico»¹⁴. Esta nueva vía, que supone la reflexión epistemológico-analítica del lenguaje, va a permitir que la filosofía se constituya en teoría de la ciencia, si bien, incorporando las premisas pertenecientes a la teoría del lenguaje.

En fin, a la hora de deslindar el campo de estudio de la Teoría jurídica, es oportuno partir de la sugerencia ofrecida por A. Kaufmann, según la cual la Teoría jurídica se orienta hacia los aspectos formales y datos estructurales inherentes al Derecho positivo. Esta posición constituye un punto de vista esclarecedor para aclarar el campo de estudio propio, pero la génesis y el desarrollo del texto positivo, como articulación formal y estructural de los contenidos jurídicos, se abre necesariamente a un *contexto* donde las exigencias lógicas, no meramente lingüísticas, implican verdaderos supuestos ontológicos —justicia transistemática, naturaleza de la cosa, derivación lógica y exigencias metodológicas del derecho positivo a partir del derecho natural, de una justicia material—, todas ellas homologadas a lo que significa el carácter unánimemente señalado como *investigación interdisciplinaria del derecho positivo*¹⁵. Un ejemplo patente en la actual Teoría Jurídica lo constituyen los supuestos metaanalíticos —teoría postanalítica— implícitos en el puro análisis formal o lógico-estructural (hasta, incluso, llegar a uno contenidos mínimos, Hart), y la tensión dialéctica entre los conceptos de *norma* y *regla*¹⁶.

Este *carácter interdisciplinar* se muestra también en R. Dreier para quien la Teoría jurídica es una disciplina cada vez más amplia, que estaría subdividida en múltiples disciplinas parciales, una de las cuales sería la Teoría General Jurídica del Derecho tradicional y que históricamente sería la primera de todas. La actual Teoría Jurídica actuaría como «*Grenzpostendisziplin*», encargada de recoger las informaciones procedentes de todas las ciencias limítrofes —tanto empíricas como teóricas— para seleccionar aquéllas que son relevantes para el Derecho. No obstante, ante la multiplicidad de datos que le llegan de estas ciencias, Dreier piensa que si la Teoría jurídica ha de ser un «*filtro de selección*» para la Dogmática jurídica, debe disponer

13. Ibid. pág. 154.

14. Ibid.

15. El subtítulo de la revista «*Rechtstheorie*» (aparecida en 1970, fundada por ADOMEIT, KRAWIETZ Y PODLECH; y coeditada por ENGISCH, KLUG, HART, KELSEN Y POPPER) manifiesta claramente este carácter *interdisciplinar*: «*Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts*». Con estos rútilos tan amplios se cubre todo tipo de investigaciones sobre el Derecho: teoría de la ciencia, teoría de los sistemas, antropología, lógica, lingüística, teoría de la información, etc.

16. KAUFMANN, «*Einführung...*» op. cit. p. 12.

de un marco de referencia desde el cual decidir qué tipo de informaciones científicas son relevantes para ésta. Para este contenido no basta con la Teoría General del Derecho, sino que es necesario una teoría más amplia que abarque tanto los aspectos analíticos como los aspectos sociológicos, teóricos y empíricos. Esta función sería desarrollada por la que él llama «Allgemeine Rechtslehre» y la «Sociología teórica del Derecho». Ambas remitirían a la Sociología General. Naturalmente, la posición de Dreier pone el acento en una concepción del Derecho como fenómeno esencialmente social o como parte del sistema social, a la cual habría que añadir el problema de si una teoría jurídica es autosuficiente o si más bien debe referirse a la Filosofía jurídica, del mismo modo que la Sociología encuentra su referencia en la Filosofía Social¹⁷.

Como vemos, la Teoría jurídica se muestra como una disciplina abiertamente *interdisciplinar* y en esto coincide con la Filosofía del Derecho. Sin embargo, es preciso establecer las fronteras entre ambas, pues tanto en su origen como en la actualidad, sigue existiendo una clara diferencia.

En su trabajo de habilitación para la Universidad de Hamburg, Heiner Alwart introduce una muy acertada crítica en torno al problema de la confusión de fronteras existente entre Filosofía del Derecho y Teoría jurídica. Empieza señalando cómo la Teoría del Derecho y la Sociología del Derecho pretenden suprimir el «antiguo» pensamiento filosófico por nuevas formas de pensamiento, para, con este fin, relevar a la Filosofía jurídica como ciencia de los fundamentos del Derecho¹⁸. Como ejemplo más significativo destaca la Sociología del Derecho sistemática de Luhmann, para el cual la investigación del Derecho debe ser dirigida a describirlo externamente. Por ello cuando se le pregunta por el concepto del Derecho Luhmann afirma que: «Recht ist was Recht ist»; responde pues, con una tautología que como tal nada dice¹⁹, pero comprensible desde la perspectiva externa de la que parte el propio autor, y que le impide penetrar en el mundo mismo del Derecho, función que corresponde —dice Alwart— a la Filosofía del Derecho.

También la Teoría jurídica pretende sustituir a la Filosofía del Derecho. Aquí Alwart critica la ambivalente posición de Dreier, pues éste por una parte acentúa el «eterno retorno» de la Filosofía, pero, por otra parte, lo hace depender del tratamiento «científico» que la misma puede dar a los problemas prácticos; pero como además, y aquí la paradoja, este tratamiento es el que viene utilizando —especialmente para las cuestiones ético-jurídicas— la Teoría jurídica, las fronteras entre la Filosofía jurídica y Teoría jurídica no quedarían marcadas. A esto habría que añadir que con este tratamiento

17. DREIDER, op. cit.

18. ALWART, H., «Recht und Handlung», Mohr, Tübingen, 1987, p. 6.

19. LUHMANN, N. «Rechtssoziologie», Opladen, 1983, 2. Aufl., p. 363.

la filosofía jurídica quedaría lastrada metodológicamente, situándose en dependencia de la metodología científica²⁰.

Frente a esta ambivalencia que muestra el planteamiento de Dreier, Alwart defiende la *necesidad* y la *especificidad* de la Filosofía del Derecho, aceptando como ciencias particulares, la Teoría jurídica, la Sociología jurídica, etc.

La Filosofía del Derecho, resalta Alwart, tiene como objeto claro fundamentar el Derecho, y por tanto, responder a la pregunta ¿qué es el derecho según su esencia?, o ¿qué significa la palabra Derecho?²¹. La Filosofía del Derecho no es para él ni un hecho bruto, ni un deber objetivo, sino fundamentalmente un «*contenido de significado*», de aquí que su perspectiva se sitúe claramente en la *hermeneútica*. Como disciplina fundamentalmente debe reducir a una unidad los diversos sentidos de lo jurídico y no dispersarlos en una serie de disciplinas sectoriales de carácter «científico». La Filosofía, indaga los fundamentos y los límites de la ciencia, adoptando una perspectiva extracientífica, tanto por su método como por su situación. La ciencia no puede autojustificarse: «La Sociología del Derecho, y las disciplinas teórico-jurídicas particulares, necesitan ellas mismas una fundamentación filosófica, siempre que no quieran reclamar para sí el status de dogmas exentos de crítica...»²².

La propuesta de Alwart de «fundamentar una jurisprudencia filosóficamente», alejada del moralismo iusnaturalista, del causalismo sociológico-jurídico y del logicismo teórico-jurídico, se apoya, como apuntamos, en una concepción, «*hermeneútica-analítica*», o mejor aún, una *hermeneútica del Derecho* sobre la base de una *hermeneútica de la acción*, pues, desde su punto de vista, la hermeneútica analítica busca «el derecho en la acciones reales de un círculo determinado de personas»²³.

3. *Aproximación a su temática*

En su excelente artículo, «*Teoría del Derecho como complemento o sustitución de la Filosofía del Derecho*», M. Rodríguez Molinero afirma que la razón decisiva del interés creciente por la Teoría del Derecho viene dado por tres importantes corrientes de pensamiento, que en definitiva van a penetrar la temática de la misma: 1.^a) la conjunción del neopositivismo lógico y la Filosofía analítica que tiene su versión paralela dentro del pensamiento jurídico en el normativismo kelseniano y su posterior modelación por parte de la Teoría del Derecho analítica, 2.^a) la «Teoría crítica» (Kristische Theorie) de la Escuela de Frankfurt, y 3.^a) la influencia más reciente de la teoría de

20. ALWART, op. cit., pp. 7-8. En el mismo sentido J. DELGADO PINTO. «*Los problemas de la filosofía del derecho en la actualidad*», en Anales de la Cátedra. F. Suárez, n.º 15, 1975, pp. 37-38.

21. Ibid. p. 8.

22. Ibid. p. 9.

23. Op. cit. p. 164.

los sistemas y sus temas, con su concepción del Derecho como subsistema del complejo sistema social, cuyos desarrollos hay que atribuir a Schelsky, y en la actualidad a N. Luhmann²⁴.

Como puede verse, dada la complejidad de corrientes que inciden en la Teoría del Derecho, y dada también la complejidad temática extraída de los escasos y poco definidos intentos de configuración²⁵, sólo la reflexión de carácter filosófico y por tanto, externa a la propia Teoría Jurídica, llegaría a calificar el tema o temas centrales que corresponden al conocimiento general del Derecho y que han de definir, articulando en su interior, críticamente, los diversos paradigmas o modelos epistemológicos para la Teoría del Derecho.

A continuación y ante la situación actual de la Teoría jurídica, sin proponer una síntesis última de resultados, enunciaremos los temas que parecen centrar y articular el desarrollo de la Teoría del Derecho. En éstos se da una relativa coincidencia entre las posiciones tan diversas, y consideramos que, a partir de las mismas, tales diferencias doctrinales, a menudo se reducen al *desarrollo analítico* de los que son temas de estudio.

A) Ante todo la *Semiótica jurídica*, incluido su desarrollo en términos específicos de una *semiología jurídica*. No se trata ahora del aspecto epistemológico según el cual la semiótica jurídica fundamenta el estudio, en general, de la Teoría del Derecho. Se trata del planteamiento sustantivo de la semiótica jurídica como análisis científico del texto o discurso jurídico-positivo. Desde un punto de vista lingüístico, previo a nuestras consideraciones, el análisis semiótico del texto jurídico-positivo se desdobra en un plano deóntico, relativo a la norma y a las estructuras normativas y en el plano que afecta a las situaciones jurídicas del sujeto y a la dinámica de sus facultades y poderes jurídicos.

El aspecto filosófico implícito en este tema corresponde a la función semiótico-jurídica en cuanto capaz, en relación con las diversas metateorías jurídicas, de integrar el propio lenguaje filosófico-jurídico y ofrecer así un esquema unitario de la Teoría jurídica.

B) En segundo lugar la *Hermeneútica jurídica*. Se trata de la consideración fundada en la comprensión, interpretación y aplicación de los elementos normativos para esclarecer y describir su génesis histórico-cultural hasta su incorporación al texto escrito positivo como término de la efectividad

24. RODRÍGUEZ MOLINERO, cit. págs. 341-342.

25. Entre ellos los de A. PODLECH, «Entwurf einer Rechtsstheorie als Strukturtheorie positiver dogmatisch gefasster Rechtsordnungen», en «*Rechnen und Entscheiden. Mathematische Modelle juristische Argumentierens*», Berlín, 1976, y en «*Architektur einer möglichen Rechtsstheorie*» en *Rechtstheorie*, 7 Band, Heft. 1, 1976, págs. 1-21. El Prof. RODRÍGUEZ MOLINERO señala el esquema de todo el contenido temático de la Teoría del Derecho según Podlech, en las págs. 345 a 349 del citado artículo «*Teoría del Derecho como complemento...*».

de su propia tradición histórica²⁶. El momento filosófico, de nuevo, corresponde a la primera tarea señalada: la comprensión del texto dogmático remite esencialmente a procesos productivos o de creación histórico-cultural.

C) En tercer lugar, la *Teoría de la justicia*, planteamiento temático que comprende, desde la dimensión ética del acto justo hasta la realización justa, por obra del subsistema del derecho, desvinculada del momento integrador del acto humano: privada así de toda significación ética y política en cuanto al acto de justicia se describa como «aktforming», (Luhmann)²⁷.

Entendemos que este contenido temático de la Teoría del Derecho se justifica, en ciertas posiciones, en conexión con una teoría ontológica del orden social, fundamentado como tal, metasociológico, del orden institucional empírico (Krawietz)²⁸, frente a pretendidos intentos de nuevo positivismo con su «minimum» de contenido ético (Dreier)²⁹.

D) En cuarto lugar, la teoría *analítico-dogmática* de las formas o estructuras en la perspectiva de la teoría fenomenológica del derecho positivo. Su diferenciación precisa, con respecto a la Teoría General del Derecho clásica, se funda en puntos de vista filosóficos, desde los cuales pueda explicarse la génesis de las propias formas jurídicas, por ejemplo, con fundamento en la fenomenología jurídica (Reinach) aplicados a la teoría de la normatividad jurídica. O bien, resultado de una lógica-ontológica material concreta, que inviste las formas dogmáticas del Derecho en las doctrinas de la

26. Esta posición posibilitaría el camino —según KAUFMANN— hacia el nuevo planteamiento teórico-jurídico y metodológico: no se trataría ya de cómo deducir lógicamente el Derecho a partir de unas normas rígidas, sino que el planteamiento de la cuestión consistiría más bien en cómo puede el Derecho ser hermenéuticamente comprendido partiendo de lenguaje histórico vivo. «Entre iusnaturalismo y positivismo: hacia una hermenéutica jurídica». Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n.º 17. Granada, 1977, pág. 357. Aquí también dice que «comprender un texto no es algo puramente receptivo sino un proceder práctico y conformador», pág. 358. Sólo este tipo de proceder permite hacer el derecho concreto e histórico. En este mismo sentido HRUSCHKA, «*Rechtasanwendung als methodologisches Problem*», en A.R.S.Ph., 1964, pág. 485 y ss.; también en ENGISCH y HASSEMER, «Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Deuten», 1963, pp. 14 y ss.; y en *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur Strafrechtliche Hermeneutik*, 1968, pag. 135. HASSEMER, en «*Hermeneutica y Derecho*» (Anales de la Cátedra Fco. Suárez. n.º 25, 1985, pp. 63 y ss.), establece las diferencias entre la hermenéutica jurídica y las teorías analíticas, así como la teoría del derecho teórico—sistémica (especialmente pp. 67 a 69).

27. En este sentido estaríamos pendientes de la últimas consideraciones de LUHMANN respecto a la justicia. Cfr. «Gerechtigkeit in den Rechtssystem der modernen Gesellschaft», en *Rechtstheorie*, 1973, 2. Sobre este punto un minucioso estudio se ofrece en el artículo de J. I. MARTÍNEZ GARCÍA, «*Justicia e igualdad en Luhmann*», en Anuario de Filosofía del Derecho (nueva época), vol. 4, Madrid, 1987, págs. 43-87. También en LUHMANN, *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1989. Cuestiones fundamentales se abordan en el artículo de J. M.º GARCÍA BLANCO, «*Poder y legitimación en la teoría sociológica de N. Luhmann*». Revista Internacional de Sociología, 1986, págs. 303-325. Una perspectiva crítica muy sugerente se ofrece en A. OLLERO TASSARA, «*Querencia "normativa" de la descripción sociológica*», en «*Derechos humanos y metodología jurídica*», op. cit. págs. 63-88.

28. Especialmente en W. KRAWIETZ, «*Neues Naturrech oder Rechtspositivismus. Eine Kristische Auseinandersetzung mit den Begriff des Rechts bei R. Dreier un N. Hoerstes*». *Rechtstheorie*, 18. Heft 2, 1987, págs 209-254; así como la respuesta de R. DREIER, «*Neues Naturrech oder Rechtspositivismus?*». In *Erwinderung auf W. Krawietz*», *Rechtstheorie*, 18, Heft, 3, 1987, págs. 368-385.

29. Se trata, dice Krawietz —criticando a Dreier— de un positivismo jurídico que sirve de protección para la perla de la justicia («als Austernschale für die Perle der Gerechtigkeit»), «*Neues Naturrech...*», cit. pag. 210.

naturaleza de la cosa. Una vez más habría que señalar la significación y el alcance críticos de los supuestos filosóficos —ya en una consideración científica— al tratar de localizar la formas y los procesos del derecho positivo en el plano semiótico de la investigación pragmática.

E) En quinto lugar, la teoría de la *argumentación jurídica*. Fundada en la racionalidad ético-jurídica, comprende la fundamentación y el análisis de los elementos operativos de la argumentación en el plano de la decisión. El momento filosófico se sitúa en la necesidad temática de la fundamentación de la argumentación jurídica (Alexy)³⁰, y de la decisión, como también en la formación del consenso y, en sus consecuencias retóricas como condición del proceso argumentativo (Rawls, Höffe, Robles)³¹, y así, en la consideración teórica de la misma al referirse a elementos de la argumentación definidos como *pragmático-universales*. Las diversas teorías de la argumentación jurídica reclaman, otra vez, más allá de los límites de la Teoría del Derecho, el deslinde, dentro de la argumentación práctica en general, de los factores y procesos específicos de una argumentación jurídica y, en particular, los límites dogmáticos, legales, jurisdiccionales, dentro de los cuales ha de desarrollarse el proceso argumentativo.

La actual Teoría jurídica sugiere, con toda energía, la conexión del tema de la argumentación con los supuestos teóricos generales de una *teoría de la información*.

A modo de balance final, añadir tan sólo que en la situación actual de la Teoría jurídica como disciplina jurídica básica³², no puede excluirse, a priori, ninguno de los temas señalados incluso con anterioridad a la definición de un modelo epistemológico del Derecho que podría resultar particular o unilateral.

Cuestión distinta es conseguir una síntesis temática que sólo podrá centrarse, inicialmente, en el predominio de alguno o algunos de estos temas y su necesaria irradiación sobre los restantes. Ello obliga a admitir con carácter transitorio la justificación relativa de una determinada posición doctrinal ante el Derecho como término crítico, en nuestras consideraciones, para aceptar la legitimidad de la unidad temática sustentada en aquel o aquellos temas predominantes. Así, se plantea el problema de superar la tensión entre posiciones hermenéuticas, de un lado, posiciones analíticas, de otro, posiciones incluso sociológicas. Tal síntesis, en definitiva, remite a

30. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de M. Atienza e Isabel Espejo. C.E.C., Madrid, 1989, especialmente págs. 203 y ss. Vid. también KRAWIETZ-ALEXY, *Metatheorie juristischer Argumentation*, Schriften zur Rechtslehre, Heft 108, Duncker-Humblot. Berlín, 1983.

31. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford, 1972, trad. de M. Dolores González, F.C.E. México, 1979; O. HÖFFE, *Estudios sobre la teoría del derecho y la justicia*, ob. cit. esp. págs. 151 y ss.; G. ROBLES, *Introducción a la Teoría Jurídica*, ob. cit. especialmente el juego de la teoría de la decisión en la configuración de la Teoría del Derecho, págs. 155 y ss., en especial 162-163.

32. RODRÍGUEZ MOLINERO, «Teoría del Derecho como complemento...», cit. pág. 339.

puntos de vista críticos no sólo epistemológicos, sino también gnoseológicos, donde la gnoseología jurídica radica en un plano rigurosamente filosófico. De lo contrario, tendría razón M. RODRIGUEZ MOLINERO cuando afirma que el resultado de este eterno retorno de lo igual evidencia que la literatura explosiva, profusa, en torno a la Teoría del Derecho «corre el riesgo de convertirse en tan ligera y tan alegre como lo fuera la literatura en torno al Derecho natural en los años inmediatamente posteriores a 1945³³».

33. Ibid. pág. 342.