

La identidad de la Filosofía del Derecho como materia útil para juristas

Por J. ALBERTO DEL REAL ALCALÁ
Universidad de Jaén

RESUMEN

Este texto trata sobre la «identidad» de la Filosofía del Derecho como «materia de juristas». Se rechaza la Filosofía del Derecho de los filósofos y las filósofas: una mera «filosofía aplicada» de una Filosofía General. Y se adopta la Filosofía del Derecho de los juristas y las juristas. En el artículo se constatan los dos rasgos identificativos de la filosofía jurídica que más y mejor la acercan a la comunidad de juristas, que son precisamente los que reciben una aceptación considerable por la doctrina. Por una parte, la dimensión «problemática» de la experiencia jurídica como objeto cognoscitivo. Rasgo que la sitúa en el mismo punto de partida de las demás materias jurídicas. Y que la provee de utilidad «formativa» y «profesional» en relación a los juristas y las juristas, y «social» en relación a los ciudadanos y las ciudadanas. Y, por otra parte, su función como «teoría crítica del Derecho», sobre todo de carácter «antidogmático». La crítica a la Dogmática jurídica y la problematización que despliega actualmente la teoría de los casos difíciles (que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional utilizan a menudo para resolver su casuística judicial) constituyen hoy en día las mejores instancias de legitimación contemporáneas de la Filosofía del Derecho como «materia jurídica».

Palabras clave: *Filosofía del Derecho, problematización, casos difíciles, crítica antidogmática.*

ABSTRACT

This text treats about «identity» on Philosophy of Law as «matter of jurists». The text rejects Philosophy of Law of the philosophers: a «applied philosophy» of a General Philosophy and it defends a Philosophy of Law of the jurists. The article explains two features that identify to legal philosophy. These features approach more and better legal philosophy to the jurists community; these features in fact receive a considerable acceptance by doctrine. On one hand, the «problematic» dimension of legal experience as cognitive object. This dimension locates to Philosophy of Law in the same starting point of other legal matters; and it provides «formative» utility and «professional» utility to the jurists, and «social» utility to the citizens. And, on the other hand, function of Philosophy of Law as «critical theory of Law», especially with «antidogmatic» character. At the moment, critique to the juridical Dogmatic and the problematic element content by «hard cases theory» (theory used by Supreme Court and Constitutional Court to solve their judicial casuistry) constitutes the best contemporary legitimization instances of Philosophy of Law as «legal matter».

Key words: *Philosophy of Law, problematic element, hard cases, antidogmatic critique*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ACERCAR MÁS LA FILOSOFÍA DEL DERECHO A LOS JURISTAS Y A LAS JURISTAS.—II. EL CRITERIO DE LA «PROBLEMATI-CIDAD» HA DE IDENTIFICAR RADICALMENTE A UNA FILOSOFÍA DEL DERECHOS ÚTIL PARA LA COMUNIDAD DE JURISTAS.—III. LA «ACTITUD CRÍTICA» TAMBIÉN IDENTIFICA A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA JURISTAS. IV. CONCLUSIÓN: LA CRÍTICA ANTIDOGMÁTICA Y LA PROBLEMATI-CIDAD QUE DESPLIEGA LA «TEORÍA DE LOS CASOS DIFÍCILES» COMO INSTANCIAS DE LEGITIMACIÓN CONTEMPORÁNEAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.

I. INTRODUCCIÓN: ACERCAR MÁS LA FILOSOFÍA DEL DERECHO A LOS JURISTAS Y A LAS JURISTAS

El problema de la organización de la enseñanza del Derecho suele ir ligado a un orden de cuestiones más generales relacionadas con los fines que persigue la educación jurídica y que no son externas al contexto histórico en el que las Facultades de Derecho y de Ciencias Sociales y Jurídicas desarrollan los Planes de Estudios de Derecho. Aun cuando la formación universitaria tiende a la formación técnica, y así se ha ido constatando en los Planes de Estudios de Derecho que se han sucedido en época reciente y cuya desembocadura son los criterios de Bolonia, de la educación jurídica tradicionalmente forma parte

la materia de Filosofía del Derecho, desde la idea de que las enseñanzas jurídicas que «no pretendan renunciar a su significación universitaria» han de completar «el estudio de las diversas ramas del Derecho con elementos de filosofía y de teoría general del derecho», cuyo objetivo es «desarrollar la capacidad de reflexión del estudiante y su espíritu crítico»¹.

Bien es cierto que a la hora de abordar el sentido y la función que adquiere la Filosofía del Derecho en el conocimiento jurídico, siempre ha sido una dificultad el hecho de que no exista una definición más o menos aceptada de la misma. Algo que posiblemente está en directa relación con las dificultades que tradicionalmente ha encontrado la doctrina para definir el concepto de Derecho², en razón de la pluralidad de concepciones que habitualmente caracterizan esta cuestión. Aunque según R. Guastini, la dificultad para definir a la Filosofía del Derecho es más bien una cuestión «interna» de los filósofos del Derecho, porque fuera no es un tema percibido. En su opinión, «La identidad de la filosofía del Derecho es una cuestión controvertida en el seno de la comunidad que practica esta disciplina, pero probablemente imperceptible para quienes observan las prácticas iusfilosóficas desde el exterior»³. Ante lo cual, pudiera parecer razonable la opinión de N. Bobbio de que «buscar una definición [estricta, única] de la Filosofía del Derecho es una inútil pérdida de tiempo»⁴. Por lo que, desde un punto de vista *estricto*, posiblemente existan tantas definiciones de Filosofía del Derecho como filósofos/as del Derecho, aunque también es verdad que desde la perspectiva de su «contenido temático» buena parte de la doctrina acepta en mayor medida la triada del pensador italiano como principal contenido material iusfilosófico. Es posible, que también entorpezca el definir a la Filosofía del Derecho la gran cantidad de funciones y objetivos que se le pretenden asignar⁵. O, dicho en palabras de Guastini, «la gran variedad de temas, de problemas y de métodos que se encuentran en las investigaciones de quienes se autocalifican como “filósofos del Derecho”»⁶.

¹ PÉREZ LUÑO, A. E.: «La Filosofía del Derecho y la formación de los juristas», en ID., *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, Mergablum, Sevilla, 2002, pp. 227-228.

² PÉREZ LUÑO, A. E.: «Concepto del Derecho y experiencia jurídica», en ID., *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, cit., pp. 43-46.

³ GUASTINI, R.: «Imágenes de la teoría del Derecho», en ID., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 15.

⁴ BOBBIO, N.: «Naturaleza y función de la filosofía del Derecho», en ID., *Contribución a la Teoría del Derecho*, edición a cargo de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, p. 91.

⁵ GASCÓN ABELLÁN, M.: «Consideraciones sobre el objeto de la Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. X, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 192.

⁶ GUASTINI, R.: «Imágenes de la teoría del Derecho», cit., p. 15.

Sin embargo, ante este panorama de dificultades y diversidad de asuntos⁷, hay dos dimensiones de la Filosofía del Derecho que sí reciben al menos una aceptación considerable por parte de la doctrina, y que precisamente son aquellos rasgos identificadores que *más y mejor* la acercan al mundo del jurista. El primer rasgo identificador de la Filosofía del Derecho como materia jurídica es su consideración de «reflexión centrada en problemas». Y el segundo rasgo identificativo de su carácter de materia del ámbito jurídico es su *función* de «teoría crítica del Derecho». En este sentido, en el epígrafe II abordaré la «problematicidad» de la experiencia jurídica como objeto cognoscitivo identificador de la reflexión filosófico-jurídica. Asimismo, después de analizar el criterio *problemático*, en el epígrafe III afrontaré la dimensión de la Filosofía del Derecho como «teoría crítica» acerca del Derecho», que es y debe seguir siendo otro de los grandes elementos identificadores por excelencia de esta materia. Finalmente, en el epígrafe IV obtendré algunas conclusiones sobre la identidad de la filosofía jurídica como materia de juristas. Y afirmaré que «problematicidad» y «criticidad» constituyen los rasgos que más acercan la Filosofía del Derecho a la comunidad de juristas. Circunstancia que relacionaré con la *teoría de los casos difíciles* como una potencial instancia de legitimación contemporánea de la Filosofía del Derecho en el ámbito de los juristas y las juristas. En virtud de lo cual estimaré que constituye un grave error, y una razón altamente deslegitimadora, orientar a esta materia hacia una mera «filosofía aplicada» de una Filosofía General.

II. EL CRITERIO DE LA «PROBLEMATICIDAD» HA DE IDENTIFICAR RADICALMENTE A UNA FILOSOFÍA DEL DERECHOS ÚTIL PARA LA COMUNIDAD DE JURISTAS

Una de las funciones más relevantes que se atribuyen a la Filosofía del Derecho tiene que ver con el tipo de saber jurídico que proporciona a la enseñanza del Derecho. Conocer esa información nos va a facilitar evaluar la cuestión central acerca de si de este saber jurídico se puede predicar «utilidad» y, por consiguiente, si se trata de un saber «justificado» en la educación jurídica. No debemos perder de vista, como dice F. J. Ansuátegui, que «una de las principales justificaciones de cualquier tipo de aventura intelectual viene determinada por su utilidad»⁸. El «criterio de la utilidad» es, por tanto, determinante para

⁷ Cfr. BASTIDA FREIXEDO, X.: «Los asuntos de la Filosofía del Derecho», *Doxa*, núm. 22, 1999.

⁸ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.: «Sobre algunos rasgos caracterizadores de la Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XII, Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, p. 181.

poder justificar la presencia y el sentido de la Filosofía del Derecho en nuestro tiempo en la formación de juristas.

Como es conocido, la mayoría de las disciplinas que forman el Plan de Estudios de Derecho se corresponden con materias de Derecho positivo. Sin embargo, el conocimiento y la crítica del Derecho no quedan agotadas por estas disciplinas por muy satisfactorios que sean sus rendimientos desde el punto de vista jurídico ideal. Sin embargo, frente a la mayoría de las materias que se dedican a explicar el Derecho positivo vigente, muy pocas disciplinas están asignadas de forma sustancial a la crítica jurídica, aun cuando el conocimiento crítico del Derecho tiene ciertos presupuestos (teóricos) que es necesario hacer explícitos para conseguir una comprensión integral del fenómeno jurídico. Y es aquí cuando la Filosofía del Derecho responde –encontrando precisamente en ello parte de su justificación– a la existencia de preguntas acerca del Derecho que la Ciencia jurídica positiva es incapaz de contestar⁹. La Filosofía del Derecho se justifica como integrante de las enseñanzas jurídicas, y constituye un saber de utilidad para la formación de juristas, desde el momento en que proporciona respuesta a «problemas» del Derecho que las otras ramas del saber jurídico ignoran solucionar y, por lo tanto, que son incapaces de afrontar, dando lugar a problemas jurídicos *irresueltos*. Problemas, que de no ser por la Filosofía del Derecho pudieran llegar a convertirse en *irresolubles* para el sistema jurídico. Operando aquí la Filosofía del Derecho como una «disciplina crítica y desintoxicadora de los estudios jurídicos»¹⁰. En este sentido, comparto con Pérez Luño que «La problematicidad inherente al proceso de conceptualización de la Filosofía y del Derecho, es una condición de la que, en verdad, no se halla exento el de la Filosofía del Derecho»¹¹.

En estos problemas jurídicos que atañen a la Filosofía del Derecho subyace la idea de que la realidad jurídica no se agota en el simple análisis formal-normativo del Derecho positivo vigente. El Derecho es también una realidad política, moral, social, cultural e histórica¹², es decir, una realidad difícilmente comprensible en su totalidad desde una perspectiva estrictamente jurídico-formal, cuyos problemas en ocasiones desbordan ese marco estrecho. Es precisamente la existencia de esos «problemas jurídicos» (que son, por tanto, problemas de

⁹ FERNÁNDEZ, E.: «La Filosofía del Derecho», en ID., *Estudios de ética jurídica*, Debate, Madrid, 1990, p. 19.

¹⁰ PRIETO SANCHÍS, L.: «Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. IV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 595.

¹¹ PÉREZ LUÑO, A. E.: «El concepto de Filosofía del Derecho», en ID., *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, cit., p. 73.

¹² Cfr. RUIZ MIGUEL, A.: *Una filosofía del Derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2002; asimismo, cfr. PÉREZ LUÑO, A. E.: *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Lagares, Sevilla, 2003.

Filosofía del Derecho), o «problemas iusfilosóficos» como A. Ross prefiere denominarlos¹³, que desbordan el conocimiento científico y formal del Derecho vigente, lo que pone de manifiesto la necesidad para los juristas y las juristas de una reflexión como la Filosofía del Derecho rebasadora de la mera descripción del dato normativo. Tal como afirma Pérez Luño, «no es posible llegar a la definición de la Filosofía del Derecho sin que, de alguna forma, no se esté ya filosofando sobre la problemática que el fenómeno jurídico asume en la experiencia de la vida humana»¹⁴. *Grosso modo*, esos problemas, que vienen a corresponderse con los presupuestos teóricos de cualquier disciplina particular, incluyen el concepto de Derecho, el problema de su conocimiento y el de su valoración.

Por ejemplo, en relación con lo anterior, la discusión acerca de cuáles son los fundamentos y los límites de la Ciencia jurídica es algo que las disciplinas jurídicas particulares de Derecho positivo suelen ignorar porque no forma parte de su objeto cognoscitivo. Paradójicamente, prescinden de esa labor, pero su propia praxis no tiene más remedio que verse afectada por el planteamiento y la solución de este problema. Y aunque estas disciplinas jurídicas particulares normalmente se limitan a abarcar dogmáticamente el Derecho, eso no les supone un inconveniente para orientar desde su «limitado marco» el conocimiento del Derecho y proporcionar desde ahí, implícita o explícitamente, un modelo de jurista (acrítico) en las enseñanzas jurídicas. Desde la Filosofía del Derecho se puede y se debe mostrar la *parcialidad* de esa orientación, justificar la existencia de alternativas, y dotar al jurista de una conciencia crítica de su propia labor. Por eso, en la formación del jurista «crítico» que es susceptible de proporcionar la Filosofía del Derecho va a ser imprescindible una reflexión sobre los fundamentos, los límites y los métodos de la Ciencia jurídica. Siendo esta reflexión una de las tareas de la Filosofía del Derecho cualquiera que sea la forma en que ésta se conciba ideológica o metodológicamente.

Por lo dicho, la ubicación de la Filosofía del Derecho en las enseñanzas jurídicas tiene sentido desde el momento en que las disciplinas de Derecho positivo estudian el Derecho vigente pero hay *determinados problemas* del fenómeno jurídico que quedan *sin resolver*. Sea el caso, por ejemplo, del hecho de que el estudiante que no encuentra en las disciplinas de Derecho positivo una reflexión sobre el concepto de Derecho capaz de explicar sus presupuestos y de englobar sus diferentes manifestaciones. No comparto, a este respecto, que el concepto de Derecho sea un concepto *a priori* en el sentido kantiano de «un con-

¹³ Ross, A.: *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. G. R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 2006, p. 26.

¹⁴ PÉREZ LUÑO, A. E.: «El concepto de Filosofía del Derecho», *cit.*, p. 74.

cepto independiente de toda experiencia»¹⁵. No es independiente de la experiencia (jurídica) aunque sirva para ordenarla, al contrario, está estrechamente relacionado con ella: es un concepto teórico reconstruido desde la experiencia. Que no sea un concepto *a priori* no significa que no sea un concepto general, y que como tal ha de ser elaborado por una teoría general que pueda elevarse por encima de las diversas disciplinas jurídicas de Derecho positivo. Pues bien, esta tarea no la realizan las disciplinas de Derecho positivo sino la Filosofía del Derecho.

Claro está, esto puede dar a entender que la Filosofía del Derecho es una materia «residual» de todo aquello de lo que no se ocupan los juristas y las juristas en el desarrollo de su labor habitual¹⁶. Sin duda, ésta es una concepción de la Filosofía del Derecho que, por un lado, es ciertamente deslegitimadora de nuestro saber jurídico, sin embargo, por otro lado, creo que viene más bien a responder, ante la dificultad de enunciación de la Filosofía del Derecho, a un modo de definición «por contraste» frente a la mayoría de las materias de Derecho positivo en vigor. Y, en todo caso, una concepción así, viene a informar de la «insuficiencia» de la Ciencia jurídica positivista, de la Dogmática jurídica, de su «limitación» para dar cuenta de toda la realidad del Derecho¹⁷. Las corrientes antiformalistas que se inician con la crítica del fiscal J. von Kirchmann, la crítica al conceptualismo jurídico por parte del segundo Ihering y de la *Interessenjurisprudenz*, de la Sociología del Derecho, del *movimiento del Derecho libre*, del antinormativismo de la *teoría institucionalista* clásica sobre el Derecho, del *uso alternativo del Derecho* o del movimiento *Critical Legal Studies*, son ejemplos que evidencian aquella «insuficiencia» y «limitación» de la Ciencia jurídica positiva a la hora de abarcar en su integridad el fenómeno jurídico. En este sentido, parece admisible asumir que la Filosofía del Derecho es un saber de segundo grado (que no secundario), ubicado en un escalón superior (de reflexión) al conocimiento técnico-científico sobre el Derecho positivo¹⁸.

El tipo de respuesta que puede proporcionar la Filosofía del Derecho como reflexión centrada en problemas (jurídicos) plantea la cuestión de si se trata de una «filosofía aplicada» de una filosofía general o consiste en «una reflexión sobre problemas desde el *interior* de la experiencia jurídica». Resolver esta cuestión hace necesario acudir a las dos formas de hacer Filosofía del Derecho que puso de manifiesto Bobbio: enfocar la Filosofía del Derecho como «Filosofía del Dere-

¹⁵ KANT, I.: *Crítica de la razón pura*, edic. de Pedro Ribas, Alfaguara, Madrid, 1978, p. 43.

¹⁶ BOBBIO, N.: «Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho», *cit.*, p. 91.

¹⁷ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.: «Sobre algunos rasgos caracterizadores de la Filosofía del Derecho», *cit.*, p. 183.

¹⁸ Cfr. ATIENZA, M.: *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001; asimismo, cfr. BALLESTEROS LLOMPART, J.: *Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, 3.^a edic., Tecnos, Madrid, 2001.

cho de los filósofos/as», o enfocar la Filosofía del Derecho como «Filosofía del Derecho de juristas».

Si enfocamos la Filosofía del Derecho desde la *Filosofía* significa, como afirma Bobbio, la transposición de los grandes sistemas filosóficos al ámbito del Derecho y en este sentido «la tarea del filósofo del Derecho consiste, una vez abrazada esta o aquella orientación, en extraer de ella la inspiración guía, e incluso grandes principios ya elaborados, nociones y terminología, para dar una solución unitaria, orientada y sistemática a los distintos problemas generales del Derecho y de la justicia, con lo que el filósofo del Derecho no brilla con luz propia sino con luz refleja»¹⁹. En este supuesto, el «filósofo-jurista», como lo califica Pérez Luño, llega «a la Filosofía del Derecho cuando en la construcción de su sistema [filosófico] se pregunta por el papel que en el mismo debe asignarse a la realidad jurídica»²⁰. Desde este punto de vista, la Filosofía del Derecho de los filósofos/as no responde sino a opciones filosóficas generales que meramente se aplican al conocimiento del Derecho, sin necesitar para ello conocer siquiera el Derecho, tal como evidencia Guastini: «pueden encontrarse sistemas de FD [Filosofía del Derecho] elaborados por filósofos que no conocen en absoluto el derecho, o tienen un conocimiento del mismo muy vago y superficial»²¹. Optar por este enfoque basado en la desconexión entre la reflexión iusfilosófica y la propia experiencia jurídica, lleva necesariamente a provocar la falta de interés y hasta una postura de distanciamiento y deslegitimación, de buena parte de la comunidad jurídica para con la Filosofía del Derecho. Por lo que me parece una opción muy perjudicial de cara a la justificación óptima de esta materia. Téngase en cuenta que esta opción aleja absurdamente a la Filosofía del Derecho de su verdadero objeto: el Derecho y la realidad jurídica. Por eso, una Filosofía del Derecho de los filósofos debe ser más propia de Titulaciones de Humanidades o Filosofía, pero no de la enseñanza del Derecho, en la que, en mi opinión, se presenta para los juristas y las juristas más bien como una auténtica «intrusa» (en todo el sentido de la palabra).

Por otra parte, opuestamente a la anterior, podemos enfocar la Filosofía del Derecho como Filosofía del Derecho *de juristas*. Esto significa que ahora nos situamos ante una Filosofía del Derecho cuyo punto de partida no es la Filosofía sino la «experiencia jurídica» misma²², y que tiene como campo de análisis aquellas cuestiones que, como planteó Bobbio, «no son abordadas de modo expreso o que los juristas dan por supuestas en su trabajo cotidiano de intérpretes del derecho

¹⁹ BOBBIO, N.: «Naturaleza y función de la filosofía del Derecho», *cit.*, p. 93.

²⁰ PÉREZ LUÑO, A. E.: «El concepto de Filosofía del Derecho», *cit.*, p. 75.

²¹ GUASTINI, R.: «Imágenes de la teoría del Derecho», *cit.*, p. 17.

²² PÉREZ LUÑO, A. E.: «Concepto del Derecho y experiencia jurídica», *cit.*, pp. 69-72.

positivo»²³. Una Filosofía del Derecho para juristas puede responder a veces a concepciones que son *autónomas* de los juristas y las juristas, esto es, independientes de otras reflexiones filosóficas más generales. Según Pérez Luño, a diferencia del filósofo/a que se mete a jurista, «el jurista-filósofo se plantea “filosóficamente” el problema del Derecho cuando advierte la insuficiencia de los criterios técnico-jurídicos para desentrañar el sentido de sus conceptos fundamentales»²⁴. En la misma dirección, Peces-Barba también reivindica que la reflexión iusfilosófica debe partir de una base real: el material aportado por la Ciencia jurídica. Y nos advierte del reduccionismo que puede suponer que la Filosofía del Derecho se dirija hacia otros caminos etéreos: «Una Filosofía del Derecho que pretenda sustituir a la ciencia jurídica es una ilusión, y una Filosofía del Derecho que pretenda ignorar a la ciencia jurídica es un error que conduce a una elucubración abstracta carente de base real»²⁵. De modo, que una Filosofía del Derecho como saber metacientífico sobre el Derecho no puede ignorar el análisis científico sobre el Derecho que es propio de juristas²⁶. Constaté que es la Ciencia jurídica la que aporta la descripción de la experiencia jurídica a la Filosofía del Derecho, y la que también configura a dicha experiencia a través de las influencias que la comunidad de juristas –creadores y al mismo tiempo destinatarios de la Ciencia del Derecho– ejerce sobre los dos operadores jurídicos cuya labor es la más relevante: legisladores y jueces²⁷. A este respecto, a la hora de la justificación de la reflexión filosófico-jurídica, Peces-Barba ha hecho mucho hincapié en recalcar «el punto de partida científico de la Filosofía del Derecho», que no consiste sino en asumir que todas sus dimensiones temáticas «parten de los conocimientos aportados por la ciencia del Derecho, por las Ciencias sobre el Derecho y también por otras ciencias que no se ocupan directamente del fenómeno jurídico como la antropología y la psicología». O, lo que es lo mismo, «que no se hacen de espaldas a esa realidad»²⁸. Igualmente, desde el punto de vista justificatorio de esta materia, tampoco hay que perder de vista –afirma– que «la Filosofía del Derecho como concepto histórico, produce una forma de reflexión acotada a un momento histórico y cultural dado –la cultura jurídica moderna, por ejemplo– que puede modi-

²³ BOBBIO, N.: «Naturaleza y función de la filosofía del Derecho», *cit.*, p. 94.

²⁴ PÉREZ LUÑO, A. E.: «El concepto de Filosofía del Derecho», *cit.*, p. 74.

²⁵ PECES-BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1994, p. 161.

²⁶ FERNÁNDEZ, E.: «Filosofía del Derecho, teoría de la justicia y racionalidad práctica», en ID., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1991, p. 25.

²⁷ Cfr. BALLESTEROS LLOMPART, J.: *Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, 3.ª edic., Tecnos, Madrid, 2001.

²⁸ PECES-BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, *cit.*, pp. 204-205.

ficarse por el cambio histórico, y que es inexplicable sin ese contexto histórico»²⁹.

Claro está, si la Filosofía del Derecho se entiende como una especulación cuyo punto de partida *no* es el ámbito de «lo jurídico», sino la Filosofía, los vínculos entre Filosofía del Derecho y comunidad de juristas se deslegitiman gravemente cuando en la formación de juristas se explica la Filosofía del Derecho de los filósofos/as, a modo de una rama de la Filosofía general. En este momento, la Filosofía del Derecho queda reducida a la aplicación de una especulación filosófica a un campo de objetos dados, entre los que se encuentra, en calidad sólo de uno más, el Derecho. En mi opinión, la Filosofía del Derecho aminorada a una mera «filosofía aplicada» es un error que cometemos con frecuencia los filósofos/as del Derecho, pues si ubicamos claramente a esta materia en el mundo de los juristas y las juristas el punto de partida han de ser los «problemas del Derecho», es decir, de la realidad jurídica, y no los problemas de la Filosofía. Punto de partida que ha de compartir con el resto de materias jurídicas. Por eso, la Filosofía del Derecho debe estar familiarizada con los problemas jurídicos y aportar soluciones para problemas «del Derecho». Por supuesto, no debe reducirse a ofrecer «respuestas formales» o respuestas «rígidamente analíticas» a los problemas jurídicos que le atañen³⁰. J. Ansuátegui habla de que «el filósofo del Derecho nunca debe perder de vista que, precisamente, lo que él hace es “*Filosofía del Derecho*” y que, consiguientemente, no puede olvidar que su interlocutor permanente es el Derecho, el Ordenamiento jurídico y los problemas que se suscitan a partir de la realidad jurídica»³¹.

La Filosofía del Derecho como reflexión centrada en problemas del Derecho que se integra en la formación de juristas ha de tener su hábitat natural en el Derecho. Sin embargo, esto no debe llevar a *aislarla* de reflexiones más generales que, de hecho, impregnan todos los campos del conocimiento en cada época, porque el mundo del Derecho no es ajeno a que estas corrientes de pensamiento y sus postulados –al igual que otros ámbitos cognoscitivos– tengan que ver con ellos y lleguen a comprenderse en todo su sentido en relación a ellos. Eso sí, una cosa es no aislar a la Filosofía del Derecho de las corrientes más generales de pensamiento, y otra muy distinta considerarla una mera aplicación derivada de éstas. Y tan errónea es, pues, una Filosofía del Derecho *de los filósofos/as* como una Filosofía del Derecho *irreflexiva*. Una Filosofía del Derecho de esa clase caería en un dogmatismo empobrecedor, y se volvería un saber inútil, dado que la Dogmática jurídica, la aclaración y sistematización del material jurídico positivo

²⁹ PECES-BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 205.

³⁰ Cfr. SÁENZ RUEDA, L.: *El conflicto entre continentales y analíticos. Dos tradiciones filosóficas*, Crítica, Barcelona, 2002.

³¹ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.: «Sobre algunos rasgos caracterizadores de la Filosofía del Derecho», cit., p. 192.

ya tiene sus propios especialistas en el Derecho positivo. En esta dirección, argumenta KAUFMANN que «con frecuencia se plantea la cuestión acerca de cuál sea el tipo de filosofía jurídica menos recomendable, la de los filósofos/as puros/as o la de los juristas puros; esta cuestión hay que contestarla diciendo que ambos tipos son igualmente malos»³².

Ahora, sin dejar de tener en cuenta que se trata de una materia *jurídica* que actúa en el ámbito cognoscitivo del *Derecho* destinada a la enseñanza del *Derecho*, la Filosofía del Derecho ha de estar familiarizada con la reflexión de problemas generales y específicos de otras ramas del saber y de otras disciplinas, desde la lógica a la teoría del Estado o la filosofía política. La razón es que la visión pluridimensional del Derecho hace necesario el auxilio y acompañamiento de otras disciplinas y en concreto de otras ramas de la filosofía con las que comparte caracteres epistemológicos con el saber filosófico en general. Según Dworkin, «la filosofía del Derecho trata de los problemas filosóficos suscitados por la existencia y la práctica de las leyes. Carece, pues, de un núcleo de problemas filosóficos distintos de su categoría específica, como poseen otras ramas de la filosofía pero su contenido coincide parcialmente con el de éstas. Dado que los conceptos de culpa, falta, intención y responsabilidad constituyen el meollo del derecho, la filosofía jurídica se nutre de la ética, de la filosofía del entendimiento, y de la filosofía de la acción. [Y] En la medida en que preocupa a los juristas la noción ideal del Derecho y la manera en que éste debería producirse y aplicarse, la filosofía jurídica se nutre también de la filosofía política»³³. Dworkin llega más lejos y sostiene que aun cuando la Filosofía del Derecho ha estado centrada durante décadas en buena medida en el debate sobre la naturaleza del derecho, «en el fondo, [es] un tema inherente a la filosofía del lenguaje y a la metafísica»³⁴.

Quizás más equilibrado sea el pronunciamiento de R. Alexy, que entiende que el núcleo definitorio de la Filosofía del Derecho consiste en el «razonamiento acerca de la naturaleza del Derecho», ya que «la filosofía del derecho no se dirige en general a las preguntas acerca de lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno, o lo que puede conocerse, sino a estas preguntas en relación con el derecho. [Y] Plantear estas preguntas en relación con el Derecho es preguntar por la naturaleza del Derecho. Esto parece llevar, desde luego, a definir a la filosofía del derecho como razonamiento acerca de la naturaleza del Derecho»³⁵.

³² KAUFMANN, A.: «Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Dogmática jurídica», en KAUFMANN, A. y HASSEMER, W. (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, edic. esp. de G. Robles, Debate, Madrid, 1992, p. 27.

³³ DWORKIN, R.: «Introducción», en ID., *La Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1980, p. 7.

³⁴ DWORKIN, R.: «Introducción», *cit.*, p. 7.

³⁵ ALEXY, R.: «La naturaleza de la Filosofía del Derecho», *Doxa*, núm. 26, Alicante, 2003, p. 149.

Pero definir así a la Filosofía del Derecho puede ocasionar un «problema de circularidad» derivado de que, por una parte la Filosofía del Derecho «no puede definirse sin usar el concepto de derecho», pero, claro está, «como razonamiento acerca de la naturaleza del derecho», la Filosofía del Derecho tiene al mismo tiempo «la tarea de explicar qué es el derecho». La cuestión que surge es «¿Cómo puede la filosofía del Derecho comenzar a explorar qué es el derecho, si es imposible decir qué es la filosofía del Derecho sin saber de antemano qué es el derecho?». Aun así, para Alexy, esta circularidad puede resolverse a modo de un «círculo hermenéutico», esto es, «se comienza por una precomprensión sugerida por la práctica establecida y luego se elabora esta última mediante una reflexión crítica y sistemática»³⁶.

De cualquier modo, Alexy también recalca el carácter «problemático» de la Filosofía del Derecho, aunque, eso sí, para él su problematicidad está centrada en resolver la cuestión de la naturaleza del Derecho. La Filosofía del Derecho como reflexión centrada en problemas sobre la naturaleza del Derecho exige, en su opinión, resolver las tres siguientes cuestiones: el problema sobre «qué clase de entidades consiste el derecho, y cómo están conectadas estas entidades de tal modo que conforman la entidad global que llamamos “derecho”?»; el problema acerca de «la dimensión real o fáctica» del Derecho; y finalmente el problema de «la corrección o legitimidad del derecho», y en este problema el asunto principal es «la relación entre derecho y moral»³⁷. Esta triada de problemas «define el núcleo del problema sobre la naturaleza del Derecho». Y, desde este punto de vista, para él, ocuparse de estos problemas es «ocuparse de la dimensión ideal o crítica del Derecho»³⁸, al que entiendo como el segundo rasgo caracterizador e identificador de la reflexión iusfilosófica como materia jurídica, y al cual me referiré a continuación.

III. LA «ACTITUD CRÍTICA» TAMBIÉN IDENTIFICA A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA JURISTAS

Si aceptamos que la «problematicidad» de la experiencia jurídica como objeto cognoscitivo de la filosofía jurídica es susceptible de constituirse en un criterio nuclear mínimo, de carácter *formal*, identificador –junto a otros– de un saber jurídico como la Filosofía del Derecho, eso viene a significar que el criterio *problemático* que mueve a la reflexión iusfilosófica se traduce sin grandes dificultades en un criterio central que podemos adoptar como origen definicional mínimo de la Filosofía del Derecho (criterio nuclear definicional). Pero,

³⁶ ALEXY, R.: «La naturaleza de la Filosofía del Derecho», *cit.*, pp. 149-150.

³⁷ ALEXY, R.: «La naturaleza de la Filosofía del Derecho», *cit.*, p. 151.

³⁸ ALEXY, R.: «La naturaleza de la Filosofía del Derecho», *cit.*, p. 151.

me voy a ocupar ahora en este epígrafe de la otra gran dimensión de la Filosofía del Derecho habitualmente aceptada por la doctrina. Dimensión que en tanto que completa sus rasgos identificadores como materia jurídica *también* integraría ese criterio nuclear definicional mínimo aludido, porque se trata de otro criterio central identificativo de esta materia: su función como «teoría crítica del Derecho», que aquí abordo desde un punto de vista «formal» de carácter exclusivamente *definicional*, es decir, no desde la perspectiva de las reflexiones materiales particulares que han integrado su contenido a lo largo del tiempo.

Este criterio definicional de la Filosofía del Derecho viene a poner de manifiesto que la «crítica jurídica» es la más importante función que despliega esta materia en la formación de juristas: proporcionando un «modelo de jurista crítico» frente al modelo de jurista «acrítico» que explícita o implícitamente suministran la mayoría de las disciplinas de Derecho positivo, que a su vez son abrumadora mayoría en la enseñanza del Derecho. Es tal la relevancia de la crítica jurídica en esta disciplina que a la criticidad puede considerársela como el *criterio identificador* por excelencia de la reflexión iusfilosófica.

Aquí hay que reiterar que a pesar de que determinados problemas del Derecho sólo encuentran respuesta en la Filosofía del Derecho, los Planes de Estudio de Derecho están sustentados en la hegemonía de las disciplinas jurídicas de carácter científico-técnico dedicadas a estudiar las normas y las instituciones jurídicas positivas, quedando ciertamente postergadas las disciplinas formativas que se centran en la reflexión sobre el Derecho positivo. Claro está, se trata de un tipo de parámetro formativo (mayoritario) que responden a un modelo de jurista «acrítico» promocionado por la Ciencia del Derecho tradicional y la Dogmática jurídica, que focaliza su atención fundamentalmente en la descripción ordenada de un conjunto de normas positivas de una determinada rama del Derecho, para recoger de ahí, en lo esencial, el contenido de las normas jurídicas, la clasificación de éstas según su origen, sus fuentes u otros criterios, y definir a partir de ellas, explícita o implícitamente, los conceptos jurídicos derivados y las instituciones, y contemplar asimismo la aplicación e interpretación de dichas normas. Eso sí, un saber jurídico como éste no incluye la reflexión sobre la concepción del Derecho positivo vigente, ni sobre sus presupuestos, ni posibilita su valoración más allá de su mero examen técnico, de modo que puede decirse que, en rigor, se trata de un modo «limitado» de abarcar cognoscitivamente el fenómeno jurídico.

Ocurre que ante este tipo de «jurista limitado» que nos suministra la Dogmática es cuando en mayor medida se pone de manifiesto la necesidad de un saber jurídico como la Filosofía del Derecho, que supere la mera descripción y el análisis de las normas positivas, y aborde la «valoración» crítica del paradigma que sustenta al Derecho positivo y a sus instituciones. En oposición al modelo de jurista que impregna buena parte de las disciplinas en las enseñanzas jurídicas, resulta ineludible la responsabilidad –desde la Filosofía del Derecho–

de aportar, cuando menos, materiales de contraste para el futuro jurista, a partir de los cuales, sea posible el reconocimiento de las verdaderas condiciones y significados del Derecho y de su praxis. Debiendo conocer el estudiante de Derecho, y desde otros saberes jurídicos, los términos reales de la función que se prepara a cumplir. Resultando la Filosofía del Derecho el saber jurídico que tiene más disposición a suministrar un modelo de jurista *diferente*, que sea consciente de que su capacidad de enjuiciamiento al Derecho forma parte de la comprensión integral del mismo. Lo que significa que la *crítica jurídica* es, pues, parte de la comprensión del Derecho. Y de faltar este ingrediente, la formación de juristas derivará a limitada e incompleta.

Y aquí hay que enfatizar que precisamente el modelo de jurista crítico que es susceptible de aportar la Filosofía del Derecho constituye una de las principales instancias justificatorias y legitimadoras de la presencia de esta materia en la educación jurídica universitaria, tal como pone de manifiesto Peces-Barba: «La justificación de la Filosofía del Derecho se produce... por la dimensión crítica que aporta»³⁹. Lo cual viene a indicarnos que la función principal que ha de desarrollar esta materia en la formación de juristas consiste en operar como teoría crítica del Derecho. Sin duda, esta dimensión crítica la recoge la Filosofía del Derecho de la reflexión filosófica en general –de la que es característica–. Y en esta disciplina se traduce, en general, tanto en una constante actitud antidogmática como de cuestionamiento permanente del *status quo* jurídico⁴⁰.

Sin esta actitud «crítica» no podría entenderse la Filosofía del Derecho, ni existiría como tal porque hubiera sido reducida a la Dogmática. La dimensión crítica de la Filosofía del Derecho ha acompañado siempre a la reflexión iusfilosófica, desde el Derecho Natural al positivismo jurídico y hasta el postpositivismo de nuestros días. Así, en el Derecho natural las actitudes *críticas* también plantearon alternativa en el interior mismo del iusnaturalismo de los sofistas en la antigua Grecia, que contraponía *physis* y *nomos*, leyes no-escritas de validez intemporal y leyes creadas por los hombres⁴¹, para generar un iusnaturalismo mucho más elaborado intelectualmente: el iusnaturalismo escolástico-medieval de San Agustín⁴² y Santo Tomás⁴³, apoyado en la ley universal de un Dios legislador, la ley natural y la ley

³⁹ PECES-BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 190.

⁴⁰ PÉREZ LUÑO, A. E.: «Presupuestos filosóficos de Filosofía del Derecho», en ZAPATERO, V. (COORD.): *Horizontes de la filosofía del Derecho: homenaje a Luis García Sanniguel*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2002, p. 326.

⁴¹ WELZEL, H.: *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, traducción de F. González Vicén, Aguilar, Madrid, 1979, pp. 10-12.

⁴² Vid. AGUSTÍN (San): *De civitate Dei*, traducción de L. Riber, versión de J. Bastardas, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1992, en la que contraponen la ciudad de Dios a la ciudad terrena.

⁴³ KAUFMANN, A.: «Teoría de la justicia. Un ensayo histórico-problemático», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 25, Granada, 1985, p. 44.

humana positiva. A su vez, frente al iusnaturalismo escolástico ejercerá una actitud crítica el iusnaturalismo moderno racionalista de J. J. Rousseau, I. Kant, J. Locke, C. Wolff, H. Grocio y Puffendorf entre otros. El nuevo Derecho natural responderá a una *reestructuración radical* del pensamiento y asimismo al impacto *emancipador* que trae consigo la Modernidad, rompiendo con la tradición intelectual de hasta entonces, cuya alternativa engendrará un fundamento diferente al anterior medieval⁴⁴.

La crítica jurídica al iusnaturalismo racionalista o moderno la ejercerán las posiciones positivistas. La primera posición crítica desde el punto de vista metodológico y de la estructuración sistemática del Derecho⁴⁵ al Derecho Natural la lleva a cabo la *Escuela Histórica*⁴⁶ del Derecho de F.K.v. Savigny⁴⁷ y de G. F. Puchta, su continuador⁴⁸. Si el Derecho natural inaugura los saberes jurídicos, la Escuela Histórica inaugura la Ciencia jurídica⁴⁹ y sembrará las semillas para el venidero formalismo en el Derecho⁵⁰. Con la codificación, los elementos metodológicos y sistemáticos de la *Escuela Histórica* se desplegarán envueltos ya en formalismo⁵¹, el cual aparece como una crítica jurídica al atomismo legislativo y a la falta de certeza e inseguridad jurídica consiguientes, y que desarrollará la *Escuela francesa de la Exégesis*, que ya representa el paso definitivo del iusnaturalismo

⁴⁴ DÍAZ, E.: *Sociología y filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1993, pp. 270-271.

⁴⁵ GONZÁLEZ VICÉN, F.: «La Escuela histórica del Derecho», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, Granada, núm. 18-19, 1979, pp. 24 ss.

⁴⁶ Cfr. PÉREZ-LUÑO, A. E.: «El legado doctrinal de la Escuela histórica del Derecho», en *Annaeus, Anales de la Tradición Romanística*, vol. 1, Tébar, Sevilla, 2004, pp. 239-259.

⁴⁷ SAVIGNY, F.C.V.: «De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho» [1814], en THIBAUT-SAVIGNY: *La codificación*, introducción y selección de textos de Jacques Stern, traducción de José Díaz García, Aguilar, Madrid, 1970, pp. 47-169. Desde esta perspectiva historicista lo que se pretende (p. 168) es «una base de un Derecho seguro» que pertenezca a «la misma comunidad de la nación».

⁴⁸ GONZÁLEZ VICÉN, F.: «La Escuela histórica del Derecho», *cit.*, p. 13.

⁴⁹ Véase CONTRERAS, F. J.: *Savigny y el historicismo jurídico*, Tecnos, Madrid, 2005.

⁵⁰ GONZÁLEZ VICÉN, F.: «Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo», en ID. (coord.), *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 145-146: «la respuesta de la ciencia del derecho del positivismo al problema del conocimiento del derecho en tanto que objetivación histórica renovada va a consistir en intentar aprehenderlo con el método y desde las premisas del racionalismo abstracto. Nacida en oposición consciente al derecho natural racionalista, la ciencia jurídica del positivismo va a incorporarse la gnoseología de aquél y va a tratar de resolver con ella un problema sólo comprensible desde la negación precisamente del racionalismo en el campo del derecho. Con este salto sobre su propia sombra, la ciencia del derecho del positivismo va a iniciar un proceso que durante más de cien años imprimirá su sello al pensamiento jurídico».

⁵¹ Véase GÓMEZ GARCÍA, J. A.: *El historicismo filosófico-jurídico de F.K. von Savigny*, UNED Ediciones, Madrid, 2002.

racionalista al positivismo legalista⁵², reforzando el papel de la unidad jurídica en la ley codificada⁵³. La alternativa *codificadora* al caos jurídico se consolida con el primer Ihering y su *conceptualismo jurídico*, expresión doctrinal del positivismo formalista y sustento de una Ciencia jurídica identificada ya con la Dogmática jurídica, cuya desembocadura «convierte la comprensión del derecho en un mero cálculo de conceptos, en un proceso abstracto de naturaleza lógico formal»⁵⁴.

La *crítica* ahora a la Dogmática jurídica y al positivismo legalista se desarrolla desde las corrientes antiformalistas que se inician con la *crítica* del fiscal J. v. Kirchmann a la prepotencia infundada de la Ciencia jurídica⁵⁵, y tienen como detonante principal la *crítica* a su propio conceptualismo jurídico por parte del segundo R. v. Ihering⁵⁶ y por la *Interessenjurisprudenz* de P. Heck⁵⁷. *Crítica* antiformalista que da un giro hacia la Sociología del Derecho con E. Ehrlich⁵⁸, y desemboca en las *críticas* radicales del *movimiento del Derecho libre* de H. Kantorowicz⁵⁹ y E. Fuchs⁶⁰, además del antinormativismo que despliega la *teoría institucionalista* clásica sobre el Derecho⁶¹ o la opción del *uso alternativo del Derecho* desde el marxismo⁶², o el movimiento norteamericano *Critical Legal Studies* surgido en la Universidad de Harvard⁶³, que asimismo desarrollan una labor de *crítica* a las concepciones vigentes del Derecho⁶⁴.

Pero, además del positivismo legalista decimonónico –al que puede considerarse la primera gran formulación del positivismo jurídico–,

⁵² DÍAZ, E.: *Sociología y Filosofía del Derecho*, cit., p. 107.

⁵³ Vid. Díez Picazo, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 209, sobre la «teoría de la subsunción».

⁵⁴ GONZÁLEZ VICÉN, F.: «Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo», cit., pp. 157-158.

⁵⁵ Vid. Kirchmann, J. H. v.: *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. A. Truyol y Serra, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

⁵⁶ Vid. Ihering, R. v.: *El fin en el Derecho*, traducción de Diego Abad de Santillán, Comares, Granada, 2000.

⁵⁷ Vid. Heck, P.: *El problema de la creación del Derecho*, trad. de M. Entenza, Comares, Granada, 1999.

⁵⁸ Cfr. Treves, R.: *La Sociología del Derecho. Orígenes, Investigaciones y problemas*, Ariel, Barcelona, 1988.

⁵⁹ Vid. Kantorowicz, H. U.: «La lucha por la Ciencia del Derecho», traducción de Werner Goldschmidt, en VV. AA., *La Ciencia del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1949.

⁶⁰ Cfr. García Amado, J. A.: «Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1997, pp. 803-825.

⁶¹ Cfr. Ansuátegui Roig, F. J.: *El positivismo jurídico neoinstitucionalista. Una aproximación*, Dykinson/Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1996: Capítulo I.

⁶² Cfr. López Calera, N. M.; Saavedra, M., e Ibáñez, P. A.: *Sobre el uso alternativo del derecho*, ed. F. Torres, Valencia, 1978.

⁶³ Cfr. Pérez Lledó, J. A.: *El movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1996.

⁶⁴ Saavedra, M.: *Interpretación del Derecho y Crítica jurídica*, Fontamara, México DF, 1994, p. 42.

también la segunda gran fórmula positivista, elaborada ya en el siglo xx (primera mitad), el positivismo «normativo» de la teoría pura del Derecho de H. Kelsen, es consecuencia de la *crítica* jurídica que ejercita el austriaco tanto hacia el positivismo del siglo xix, que le antecedió como paradigma establecido sobre el Derecho, al que achacaba petrificar lo jurídico y no haber sabido responder a un Derecho cambiante; como en oposición a las corrientes críticas del antiformalismo en razón de que su resultado final disolvía al Derecho en puro subjetivismo. Kelsen tiene, pues, una actitud detractora hacia toda la teoría jurídica del siglo xix, a la que califica con los términos de «agotamiento e insuficiencia», porque, en su opinión, ni con uno (legalismo) ni con las otras (críticas antiformalistas al legalismo) se puede hacer auténtica Ciencia del Derecho libre de «impurezas» ideológicas⁶⁵. La razón principal es que ambas posiciones han caído en la arraigada costumbre de defender exigencias políticas en nombre de la Ciencia del Derecho. Por eso, desde su perspectiva, la tarea que uno y otras han realizado cabe calificarla de «política del Derecho», pero no de «Ciencia del Derecho»⁶⁶. En mérito a Kelsen, hay que mencionar que después de su positivismo normativo, la mayoría de las nuevas concepciones sobre el Derecho que han surgido lo han sido desde la *crítica* total o parcial hacia esta forma (*normativa*) de pensar el fenómeno jurídico que nos legó el jurista austriaco.

En ese sentido, el positivismo normativo de Kelsen ha sido igualmente objeto de numerosas *críticas*⁶⁷, como la del «decisionismo» *sin normas* de C. Schmitt, que atacó su formalismo y su función de soporte de las «reglas formales» propias de la Democracia y del Estado liberal de Derecho, para proponer desde el ultraconservadurismo la sustitución de la norma por la decisión subjetiva que finalmente termina encarnando un dictador y desembocando en la dictadura (política) como forma moderna de gobierno⁶⁸. O, las *críticas* jurídicas recibidas desde una perspectiva completamente diferente, la de Radbruch, cuyo positivismo admite excepciones de Derecho nulo en los supuestos de extrema injusticia del Derecho positivo⁶⁹. O la *crítica* jurídica «realista» al positivismo normativo que lleva a cabo la corriente escandinava de Upsala de Hägerström, Lundstedt, Olive-

⁶⁵ KELSEN, H.: «Prólogo a la primera edición» [1934], en ID., *Teoría Pura del Derecho* [1934 y 1960], traducción española de la 2.ª edición alemana de Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa, México D.F., 1993, pp. 9-10.

⁶⁶ KELSEN, H.: «Prólogo a la primera edición» [1934], *cit.*, pp. 9-10.

⁶⁷ Cfr. CALSAMIGLIA, A.: *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986.

⁶⁸ Vid. SCHMITT, C.: *Der Begriff des Politischen*, in *Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik*, núm. 58, Berlin, 1927; y 2.ª edición, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburgo, 1933; hay versión española por la que cito: ID., *El concepto de lo político* [1927 y 1933], versión de Rafael Agapito, Alianza Editorial, Madrid, 2002, p. 75.

⁶⁹ Vid. RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, Comares, Granada, 2007.

crona y también Ross, a fin de impugnar el «objetivismo científico» que envuelve al normativismo y superar las doctrinas científicistas que todavía mantienen «condicionamientos idealistas»⁷⁰, sustituyendo la idea del Derecho como norma por la del Derecho como «hecho». O del realismo norteamericano, focalizado en la teoría de la adjudicación de O.W. Holmes⁷¹, R. Pound⁷², B. Cardozo y K.N. Llewellyn, entre otros, para oponerse a una concepción *normativa* del *Common Law* y a la idea de que las reglas formalmente enunciadas sean consideradas como el elemento determinante en la producción de las decisiones por los tribunales, aportando en su lugar la deconstrucción del silogismo judicial⁷³.

Después del *legalismo* (decimonónico) y del *normativismo* (kelseniano), la tercera gran fórmula positivista, el «*soft positivism*» de Hart, elaborado en la segunda mitad del siglo xx, también se constituye a partir de la *crítica*, aunque no absoluta, al positivismo de Kelsen⁷⁴, para configurarse como un positivismo contemporáneo más flexible —por ejemplo, a la hora de concebir la separación entre el Derecho y la moral, prescindiendo de la rigidez kelseniana—, y también más próximo a la complejidad actual de los sistemas jurídicos⁷⁵, sobre todo en relación a la práctica del Derecho, ya que tiene en cuenta la «razón práctica» y no sólo la norma⁷⁶. El *soft positivism* contemporáneo reelabora *también* el positivismo jurídico desde la *crítica* al anterior positivismo jurídico inglés o Jurisprudencia analítica de J. Bentham y J. Austin (del que es al mismo tiempo heredero en el siglo xx), y particularmente en relación a su teoría imperativista del Derecho⁷⁷.

Al mismo tiempo, el *soft positivism* ha estado sometido a la *crítica* jurídica, tal como la de L. L. Fuller, que frente al modelo normativo de las reglas y la separación del Derecho y la moral, propone dotar al

⁷⁰ Vid. HIERRO, L.: *El realismo jurídico escandinavo*, Fernando Torres, Valencia, 1981.

⁷¹ Vid. HOLMES, O.W.: *The common law*, 57.ª ed., Courier Dover Publications, 1991; hay traducción española de Fernando Barracos y Vedía, Editorial Argentina, Buenos Aires, 1964.

⁷² Vid. POUND, R.: *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Comares, Granada, 2004.

⁷³ Vid. TARELLO, G.: *Il Realismo Giuridico americano*, Giuffrè Editore, Milano, 1962.

⁷⁴ Cfr. PÁRAMO ARGÜELLES, J. R.: *H. L. A. Hart y al teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1984.

⁷⁵ Vid. HART, H. L. A.: *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961; trad. esp., ID., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

⁷⁶ CALVO GARCÍA, M.: *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 144 ss.

⁷⁷ Vid. AUSTIN, J.: *El objeto de la jurisprudencia*, trad. y estudio preliminar de J. R. de Páramo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

Derecho de una «moral interna»⁷⁸, una especie de ética procedimental⁷⁹, cuyos requisitos o excelencias aproximadamente se corresponden con los del Estado de Derecho, y que a su vez recibió la *crítica* de Hart⁸⁰. Otra *crítica* sólida hacia el *soft positivism* la lleva a cabo R. Dworkin, que entiende a (éste y a cualquier) positivismo jurídico como una «teoría errónea de los casos difíciles»⁸¹, y frente al Derecho como conjunto de reglas y la separación (aunque flexible) entre el Derecho y la moral, adiciona los principios implícitos como puerta de entrada de la moralidad en el Derecho⁸².

Del mismo modo, las rigideces e insuficiencias del positivismo normativo recibieron también la *crítica* de que no encaja bien con las exigencias del constitucionalismo contemporáneo, por lo que igualmente ha sido sometido al juicio de las corrientes «postpositivistas»⁸³. En ese ámbito postpositivista, se trata de críticas generadas a veces por parte de direcciones *positivistas* que tratan de revisar y actualizar⁸⁴ el positivismo jurídico desde dentro (posición de N. Bobbio⁸⁵ y positivismo «corregido» de G. Peces-Barba⁸⁶); otras veces por parte de direcciones *neoconstitucionalistas* que persiguen simplemente poder mostrar dichas insuficiencias respecto a la nueva consideración de la ley y de la interpretación en el constitucionalismo actual, como el Derecho «dúctil» de G. Zagrebelsky⁸⁷; o en ocasiones por parte de

⁷⁸ Vid. FULLER L. L.: *The Morality of Law*, 2.nd edn., Yale University Press, New Haven, 1969; vers. esp., ID., *La moral del Derecho*, vers. de Francisco Navarro, Editorial F. Trillas, México DF, 1967.

⁷⁹ Vid. FULLER, L. L.: «Positivism an Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart», *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, pp. 630-672.

⁸⁰ Vid. HART, H. L. A.: «Lon L. Fuller: the Morality of Law», en ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 2001, pp. 343-363.

⁸¹ Cfr. CALSAMIGLIA, A.: «El concepto de integridad en Dworkin», *Doxa*, núm. 12, Alicante, 1992, pp. 155-176.

⁸² Vid. DWORKIN, R.: *Taking Rights Seriously*, 2.nd edition, Duckworth, London, 2002; trad. esp. ID., *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1999.

⁸³ Cfr. CALSAMIGLIA, A.: «Postpositivismo», *Doxa*, núm. 21-I, 1998, pp. 209-222.

⁸⁴ Cfr. HIERRO, L.: «¿Por qué ser positivista?», *Doxa*, núm. 25, Alicante, 2002, pp. 263-302.

⁸⁵ Vid. BOBBIO, N.: *Contribución a la Teoría del Derecho*, edición a cargo de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990; asimismo, vid. CALSAMIGLIA, A.: «Kelsen y Bobbio: una lectura antikelseniana de Bobbio», en LLAMAS GASCÓN, A. (ed.): *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Universidad Carlos III de Madrid, núm. 4, Madrid, 1994.

⁸⁶ Vid. PECES-BARBA, G.: *Introducción a la filosofía del Derecho*, cit.; asimismo, vid. PECES-BARBA, G.: *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política)*, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 1999.

⁸⁷ Vid. ZAGREBELSKY, G.: *El Derecho dúctil*, traducción de Marina Gascón, epílogo de Gregorio Peces-Barba, Trotta, Madrid, 1995.

orientaciones claramente *no-positivistas* o incluso *antipositivistas* como la posición de R. Alexy⁸⁸.

En similar sentido, las teorías de la argumentación jurídica vienen a responder a las nuevas exigencias de justificar el Derecho en el constitucionalismo ante la consideración de que la lógica formal es insuficiente para el análisis del razonamiento jurídico⁸⁹, sea el caso de la teoría integral de N. MacCormick⁹⁰ o la teoría procedimental de R. Alexy⁹¹, cuyos «antecedentes» en las *primeras* teorías de la argumentación ya eran una *crítica* al modelo normativo del Derecho (me refiero a la hermenéutica de G. Gadamer⁹², la tópica jurídica de Th. Viehweg⁹³ y la Nueva Retórica de Ch. Perelman⁹⁴). La *crítica* jurídica que despliegan las teorías de la argumentación jurídica va a enfatizar la importancia de la «razón práctica», a partir de estimar que el Derecho ya no puede nuclearse sólo en torno al papel protagonista de la norma, desplazando el interés de los juristas y las juristas desde el elemento normativo hacia la decisión jurídica⁹⁵.

Visto el panorama de crítica jurídica sobre el que se ha ido construyendo la Filosofía del Derecho no hay lugar a dudas de que la actitud *crítica* identifica al conocimiento filosófico-jurídico. El cual se sustenta, entre otros postulados filosóficos, en la idea de que el progreso de nuestros conocimientos se obtiene mediante la búsqueda de la verdad a través de su cuestionamiento y refutación, esto es, de la «crítica metódica» como forma de «pensar racional»⁹⁶ desde la que hacer

⁸⁸ Vid. ALEXY, R.: *El concepto y la validez del Derecho*, trad. J. Malem, Gedisa, Barcelona, 1997; asimismo, ALEXY, R.: *The argument from injustice. A reply to legal positivism*, Oxford University Press, Oxford, 2002, y ALEXY, R.: «Derecho injusto, retroactividad y principios de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín», *Doxa*, núm. 23, Alicante, 2000, pp. 197-230.

⁸⁹ Véase ATIENZA, M.: *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

⁹⁰ Vid. MACCORMICK, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1997.

⁹¹ Vid. ALEXY, R.: *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. esp. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007.

⁹² Vid. GADAMER, H. G.: *Verdad y Método I*, trad. de A. Agud y R. de Agapito, Ediciones Sígueme, Salamanca, 2005.

⁹³ Vid. VIEHWEG, T.: *Tópica y jurisprudencia*, trad. L. Díez-Picazo, Taurus, Madrid, 1986; asimismo, cfr. GARCÍA AMADO, J. A.: «Tópica, Derecho y método jurídico», *Doxa*, núm. 4, Alicante, 1987, pp. 161-188, y GARCÍA AMADO, J. A.: *Teorías de la tópica jurídica*, Cívitas, Madrid, 1988.

⁹⁴ Vid. PERELMAN, CH.: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. L. Díez-Picazo, Cívitas, Madrid, 1988.

⁹⁵ Cfr. GARCÍA AMADO, J. A.: «Del método jurídico a las teorías de la argumentación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 3, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pp. 151-182.

⁹⁶ POPPER, K.: «La lógica de las ciencias sociales», en ADORNO, Th.W. y otros, *La disputa del positivismo en la sociología alemana*, Grijalbo, Barcelona, 1973, p. 103-104.

Filosofía del Derecho, y consistente en poner a prueba, valorar, enjuiciar, lo existente en el Derecho. Coincido con Peces-Barba que la razón crítica en el Derecho se basa en la idea de que «El Derecho es organización, a través de sus normas, de la vida social humana, es producto de la cultura y tiene por consiguiente un sentido racional en la historia, por supuesto, y no de carácter abstracto e ideal válido para cualquier tiempo histórico, y una orientación tendente a humanizar la sociedad, a liberar al hombre de su alienación, a permitir el desarrollo pleno de la condición humana»⁹⁷.

Claro está, pero de la actitud crítica como rasgo identificativo de la Filosofía del Derecho se deduce que esta materia como teoría crítica del Derecho necesariamente no puede obviar de ninguna de las maneras el problema fundamental de la «valoración» del Derecho. Valoración que necesita de unos fundamentos, de una orientación y de una intención. Esa intención o criterio ideal se traduce en la realización de los valores superiores de libertad, igualdad y solidaridad, fundamentadores de los derechos y libertades fundamentales, base de una «teoría de la justicia»⁹⁸ con una finalidad práctica y una orientación concreta: tratar de sustentar, desde el valor de la dignidad humana, una praxis emancipadora del ser humano⁹⁹. Operando dicha teoría de la justicia a modo de *moral crítica* hacia el Derecho positivo vigente. Y permitiendo esta crítica desvelar lo que hay de arbitrario y está revestido de falsa apariencia objetiva en la Dogmática jurídica. Así, pues, la Filosofía del Derecho no puede abdicar de esta función de enjuiciamiento del Derecho, porque el problema del concepto del Derecho desemboca necesariamente en una reflexión sobre la argumentación jurídico-moral y, en última instancia, acerca del modelo de legitimidad. Es más, para algunos autores tal cuestión constituiría el tema central de la filosofía jurídica¹⁰⁰.

Por el contrario, frente a la crítica que caracteriza a la Filosofía del Derecho, la Dogmática jurídica trata de crear las condiciones para que el problema de la valoración, el problema de la legitimidad y la justicia del Derecho no se planteen, o lo que es lo mismo, que dicha valoración se haga desde los propios términos del positivismo formalista, esto es, asumiendo el jurista una actitud de neutralismo y el relativismo axiológicos. Contra esta posición ha de enfrentarse el «modelo de jurista crítico» que proporciona la Filosofía del Derecho en la educa-

⁹⁷ PECES-BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 193. Asimismo, cfr. TRUYOL y SERRA, A.: *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, 3 vols., Alianza Universidad, Madrid, 2004.

⁹⁸ Cfr. VV.AA.: *Derecho y Justicia en una sociedad global*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 39, IVR, Granada, 2005.

⁹⁹ Véase PECES-BARBA, G.: «Reflexiones sobre la justicia y el Derecho», *Derechos y Libertades*, núm. 20, Madrid, Enero-2009, pp. 23-38.

¹⁰⁰ KAUFMANN, A.: «Teoría de la justicia. Un ensayo histórico-problemático», cit., p. 37, en donde afirma que «las dos preguntas fundamentales de la filosofía del Derecho son: 1) qué es el Derecho justo, y 2) cómo lo reconocemos».

ción de juristas. Estos criterios de objetivismo científico y relativismo axiológico provienen sobre todo de las posiciones no-cognoscitivistas propias del más estricto positivismo legalista, las cuales provocaron durante largo tiempo la falta de interés por las cuestiones de ética normativa¹⁰¹. Del mismo modo, en el campo del Derecho este no-cognoscitivismo estaba fuertemente arraigado en el relativismo axiológico de Kelsen. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el relativismo kelseniano era ya, de hecho, una valoración del propio Derecho, porque detrás de aquel relativismo aparecía su relativismo democrático: «Verdaderamente, no sé ni puedo afirmar qué es la justicia, la justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa y puedo afirmar qué es la justicia para mí. Dado que la Ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la justicia para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia»¹⁰².

N. Bobbio «justificará especialmente la necesidad de la Teoría de la Justicia; incluso en algún momento... identificará a la Filosofía del Derecho con la Teoría de la Justicia», aunque más adelante ampliará el horizonte de la Filosofía del Derecho a la Teoría del Derecho y a la Teoría de la Ciencia jurídica¹⁰³. En todo caso, el carácter evaluador de la Filosofía del Derecho como teoría crítica del Derecho sí lo asumió otro tipo de positivismo como el *soft positivism* de H. L. A. Hart, que aunque asentado (eso sí, de modo *flexible*) en la separación entre Derecho y Moral, ha vinculado el Derecho positivo con la teoría de la justicia, llegando a afirmar que «la doctrina del derecho Natural... contiene verdades elementales» que toda organización social ha de asumir para ser viable¹⁰⁴. El contenido mínimo del Derecho natural que nos propone Hart supone un intento de obtener algunas «verdades obvias» de carácter normativo a partir de juicios de hecho sobre las necesidades humanas de convivencia, algo que, en mi opinión, es manifestación del grado máximo de apertura del positivismo al problema de plantearse en serio, sin escamotearlo desde los principios metodológicos, el problema de la valoración del Derecho y, en definitiva, de la legitimidad del Derecho y de su justicia. Un pronuncia-

¹⁰¹ APEL, K. O.: *La transformación de la filosofía*, trad. de A. Cortina, J. Chamorro y J. Conill, Madrid, Taurus, 1985, p. 359. Este autor presenta el no-cognoscitivismo ético como una actitud derivada del cientifismo y que, por tanto, reúne los siguientes rasgos: 1) No es posible derivar normas de los hechos; 2) La ciencia versa sobre hechos, por lo que no es posible la fundamentación científica de la ética normativa, y 3) Sólo el saber científico es objetivo (en el sentido de intersubjetivo), por lo que no es posible una fundamentación intersubjetiva de la ética normativa.

¹⁰² H. KELSEN, *Qué es justicia*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 63.

¹⁰³ PECES-BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 195 y 196.

¹⁰⁴ HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, cit., pp. 239 ss.

miento similar merecen las nociones de ética pública y moralidad crítica, y las posiciones que en general asume el positivismo «corregido» de Peces-Barba¹⁰⁵, que consigue articular el positivismo normativo y crítica jurídica a éste, apoyándose en la idea de que «aceptar que el Derecho válido sea Derecho, aunque no sea justo, no supone aceptar también la clausura de toda reflexión sobre la justicia, sobre el Derecho que debe ser». Eso, en «realidad exige por el contrario, reforzar los mecanismos de reflexión iusfilosófica para que el Derecho sea también justo y para que contenga la mayor dosis posible de moralidad»¹⁰⁶. Lo que lleva a Peces-Barba a la idea de que «la aceptación de la positividad del Derecho exigirá la crítica a esa positividad, a fin de evitar derivar hacia las posiciones conservadoras»¹⁰⁷ del positivismo ideológico.

IV. CONCLUSIÓN: LA CRÍTICA ANTIDOGMÁTICA Y LA PROBLEMATICIDAD QUE DESPLIEGA LA «TEORÍA DE LOS CASOS DIFÍCILES» COMO INSTANCIAS DE LEGITIMACIÓN CONTEMPORÁNEAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

En mi opinión, las dos dimensiones de la Filosofía del Derecho que más acercan esta materia a la comunidad de juristas son precisamente las que reciben más aceptación por parte de la doctrina, y las que mejor dibujan sus posibles horizontes¹⁰⁸. Los juristas y las juristas que practicamos Filosofía del Derecho debemos potenciar estos rasgos, sobre todo en detrimento de su mera consideración como *filosofía aplicada* de una Filosofía general; estimación de la que se ha abusado a menudo –es verdad, que cada vez menos– y a la que hay que imputar

¹⁰⁵ PECES-BARBA, G.: «Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», en ID., *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política)*, cit.; asimismo, PECES-BARBA, G.: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984; PECES-BARBA, G. (con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Gascón): *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, y PECES-BARBA, G. (con la colaboración de Rafael de Asís Roig y M. Carmen Barranco Avilés): *Lecciones de derechos fundamentales*, con la colaboración de R. de Asís Roig y M.C. Barranco, Dykinson, Madrid, 2005; PECES-BARBA, G. (ed.): *Ley y conciencia. Moralidad legalizada y moralidad crítica en la aplicación del Derecho*, BOE/Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1993, y PECES-BARBA, G.: «Ética pública-Ética privada», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 13-14, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996-1997, pp. 531-544; PECES-BARBA, G.: *Ética, Poder y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

¹⁰⁶ PECES-BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 188.

¹⁰⁷ PECES-BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 193.

¹⁰⁸ Cfr. ZAPATERO, V. (coord.): *Horizontes de la filosofía del Derecho: homenaje a Luis García Sanmiguel*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2002.

la deslegitimación que hemos venido sufriendo en la comunidad jurídica los filósofos y las filósofas del Derecho juristas.

Respecto al rasgo de la «actitud crítica» que identifica a la Filosofía del Derecho como materia de juristas, hay que concluir diciendo que vistos los ejemplos del epígrafe anterior difícilmente podrá negarse que la «función» que desarrolla la Filosofía del Derecho para con la comunidad de juristas consiste, pues, en proporcionarles los instrumentos conceptuales para la crítica jurídica de las concepciones del Derecho vigente, para su cuestionamiento y su valoración. La crítica jurídica es, por tanto, el *motor* y el ingrediente sustancial de la reflexión iusfilosófica. Es en este sentido en el que la Filosofía del Derecho se presenta como una «teoría crítica del Derecho». Y como tal, la materia iusfilosófica en la enseñanza del Derecho viene a responder a cuestiones tales como: qué significado tiene el Derecho en la vida social y qué función (social) desempeña, cuáles son sus presupuestos conceptuales, cuál es su relación con otros sistemas normativos como la moral o con la justicia, o con el Poder, cómo podemos intentar su legitimación, o en razón de qué criterios se ha de valorar, cómo ha de abordarse su conocimiento, y cómo ha de operarse con el Derecho vigente en la aplicación e interpretación, y cuáles son las concepciones que sustentan a una y otra, o desde qué perspectiva se afronta la respuesta a estas cuestiones. Elementos cognoscitivos que me parecen imprescindibles para la formación integral –y no sesgada– del jurista. Desde esta clase de criterios cognoscitivos, que rebasan el objeto de conocimiento del mero Derecho positivo, es desde donde la Filosofía del Derecho proporciona un modelo de jurista *crítico*, y en oposición a la Dogmática, opera integrando a la «crítica jurídica» como parte del conocimiento del Derecho.

Consecuencia de lo anterior, desde mi punto de vista, la dimensión crítica de la Filosofía del Derecho ha de concebirse sobre todo con un sentido «antidogmático», cuyo fin es alcanzar la comprensión «integral» del fenómeno jurídico, esto es, una más óptima y más completa comprensión del Derecho. La crítica, entendida de esta forma significa también rescatar las razones históricas de las instituciones e ideas que las sustentan, insertarlas en su tiempo histórico y en una totalidad social, para así percibir su pleno sentido. El ámbito de la razón crítica que despliega la Filosofía del Derecho se extiende a los tres campos temáticos que integran su contenido: la *Teoría del Derecho*, la *Teoría de la Ciencia jurídica* y la *Teoría de la justicia*, a los cuales les proporciona su pleno sentido precisamente la actitud crítica. Así, en el ámbito de la *Teoría del Derecho*, la reflexión iusfilosófica se dirige a una reelaboración crítica del concepto de Derecho y la crítica a la Dogmática jurídica. En el ámbito de la *Teoría de la Ciencia jurídica*, la reflexión iusfilosófica es una «metodología jurídica» y está centra-

da en la observación crítica del conocimiento científico de lo jurídico, en el estatuto epistemológico del estudio del Derecho. Y en el ámbito de la *Teoría de la justicia*, la reflexión iusfilosófica tiene por objeto un análisis crítico desde valores del Derecho positivo¹⁰⁹.

Y respecto al rasgo de la «problematicidad» que también identifica a la Filosofía del Derecho como materia de juristas, hay que concluir que la reflexión filosófico-jurídica debe de esforzarse por *impregnarse* de «utilidad»: debe ser útil «formativamente» para juristas *venideros/as*, útil «profesionalmente» para *juristas ya ejercientes*, pero también útil «socialmente» para los mismos *ciudadanos*, si resuelve problemas de la experiencia jurídica que en última instancia remiten a problemas reales de la gente. Téngase en cuenta que la labor jurídica podría sintetizarse en la máxima de que «la tarea de los juristas y las juristas consiste al final en arreglar problemas (individuales y colectivos) de la gente». De modo que la Filosofía del Derecho de juristas, impartida en la enseñanza del Derecho para la formación de juristas y por juristas, no puede ser ajena a este cometido. Reivindico radicalmente una Filosofía del Derecho apegada a la realidad social y a la función principal de los juristas y las juristas, centrada en los problemas concretos de la experiencia jurídica. La reflexión iusfilosófica debe ser, pues, una reflexión eminentemente «jurídica». Creo, además, que un estudio crítico del Derecho en la formación de juristas es imprescindible si éstos quieren obtener una educación adecuada a la función que la sociedad requiere de ellos y ellas. Resulta que incluso en los niveles más profesionalizados y dogmáticos, el/la jurista necesita de un bagaje reflexivo teórico-jurídico sobre el Derecho y sobre su propia ocupación, y esto quien más óptimamente se lo proporciona es la Filosofía del Derecho, no las demás materias jurídicas.

De hecho, la utilidad para juristas que posee el conocimiento en la materia de Filosofía del Derecho tiene la siguiente evidencia empírica: la gran mayoría de las controversias jurídicas que se discuten en los tribunales de justicia más importantes de un Estado de Derecho (en la Europa continental: *Tribunal Supremo* como vértice de la organización jurisdiccional, y *Tribunal Constitucional* como máximo órgano de garantía de los derechos y libertades fundamentales) necesitan para su *resolución* de la argumentación, las categorías y los conocimientos filosófico-jurídicos. Es imposible resolver los casos del Derecho que llegan al Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional, la inmensa mayoría de ellos «casos difíciles» (*hard cases, borderline cases*), y a veces incluso «casos trágicos», sin utilizar la *fundamentación, argumentación y conocimientos conceptuales* que aporta la Filosofía del Derecho acerca de lo que *es o no es* Derecho, acerca de la delimitación de las exigencias del Derecho, del discernimiento de las categorías jurídicas, de la estructura de la norma jurídica

¹⁰⁹ PECES-BARBA, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 196, 197 y 204.

y del ordenamiento jurídico, de los conceptos jurídicos fundamentales, de la creación, aplicación e interpretación del Derecho y su reflejo en el caso dado, de las cuestiones de eficacia, de los valores y de las concepciones de justicia en el Derecho respecto al caso concreto. Únicamente los «casos claros» (*clear cases*), habitualmente resueltos por tribunales inferiores, pueden ser solventados con un acto de mera aplicación casi mecánica del Derecho, esto es, en el que los operadores jurídicos pueden decidir sin necesitar en buena medida alcanzar para ello un nivel conceptual determinado sobre la elaboración de su decisión, y asimismo en relación al funcionamiento de la maquinaria del Derecho. Sobre todo, cuando ellos emplean de forma sencilla la subsunción y el silogismo judicial. Lo que quiero poner de manifiesto con esta afirmación es la utilidad que proporciona a los juristas y a las juristas el conocimiento en Filosofía del Derecho si ellos y ellas quieren llegar a comprender (y gestionar) los niveles de *complejidad* que presenta en nuestro tiempo el ordenamiento jurídico.

Por todo lo dicho, no comparto aquella concepción de la Filosofía del Derecho en la que los filósofos y las filósofas del Derecho somos «juristas» de formación pero luego ejercemos sin embargo de meros «docentes *filósofos/as*». Creo que una Filosofía del Derecho impartida por juristas para la formación de futuros juristas se ha de insertar en los Planes de Estudio de Derecho como una «materia jurídica», y no como una Filosofía a secas. Y cuando en ambientes académicos y profesionales del mundo del Derecho hay cierto prejuicio a la Filosofía del Derecho¹¹⁰, en mi opinión, lo es más a la Filosofía del Derecho de los filósofos y las filósofas, y no tanto a la utilidad que puede desplegar la Filosofía del Derecho de juristas. Y, claro está, llegados a este punto, una cosa es que la Filosofía del Derecho de juristas tenga utilidad, que la tiene, y otra cosa que los Profesores/as de Filosofía del Derecho sepamos transmitir de forma óptima la utilidad de esta materia en la educación de juristas, y además que los estudiantes la aprecien. Y aquí posiblemente sea cierto que los filósofos/as del Derecho prestamos no toda la atención que debiéramos al Derecho y a la praxis jurídica¹¹¹ si de verdad asumimos que la Filosofía del Derecho tiene como objeto la reflexión sobre la «experiencia jurídica», desde la que se construye¹¹².

La diferencia entre una Filosofía del Derecho de *filósofos/as* o de *juristas* se encuentra, dice con mucha razón Prieto Sanchís, «en optar entre el Derecho como objeto de una reflexión crítica y el Derecho como disculpa para el desarrollo de una construcción ajena a lo jurídico»¹¹³. A lo que yo añadiría que, en relación a la Filosofía del

¹¹⁰ BOBBIO, N.: «Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho», *cit.*, p. 100.

¹¹¹ Vid. NIETO, A.: *Crítica de la razón jurídica*, Trotta, Madrid, 2007.

¹¹² PÉREZ LUÑO, A. E.: «El concepto de filosofía del Derecho», *cit.*, pp. 85-94.

¹¹³ PRIETO SANCHÍS, L.: «Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho», *cit.*, p. 559.

Derecho de juristas, parece que los filósofos/as del Derecho juristas no somos del todo conscientes del gran potencial problemático que nos proporciona, tal como he aludido en el texto, la «teoría de los casos difíciles» –suministrada por el positivismo jurídico de H. L. A. Hart y por el no-positivismo crítico de R. Dworkin– como instancia (y oportunidad actualizada contemporánea) de legitimación de esta materia en la comunidad de juristas. Ocurre que la reflexión filosófico-jurídica que conforma la «teoría de los casos difíciles» todos los días se vislumbra en la resolución de la casuística judicial que resuelve el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y, sin embargo, contradictoriamente, un día sí y otro también a la Filosofía del Derecho se la cuestiona como enseñanza de juristas. Debe aprovecharse esta oportunidad que acerca la reflexión teórico-jurídica y filosófico-jurídica a la comunidad de juristas, y que permite consolidar en nuestro tiempo la identidad de la Filosofía del Derecho como una materia relevante para la labor formativa y profesional del jurista. Por el contrario, constituiría un error que la reflexión teórico-jurídica y iusfilosófica renunciara a ser útil.

Fecha de recepción: 25/01/2010. Fecha de aceptación: 30/11/2010.

