

Xacobe Bastida Freixedo

**«LOS ASUNTOS DE LA FILOSOFÍA  
DEL DERECHO»**

**DOXA 22 (1999)**

# LOS ASUNTOS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Xacobe Bastida Freixedo  
*Universidad de Oviedo*

## I. FILOSOFÍA Y FILODOXÍA

**L**a filosofía no tiene un contenido susceptible de ser descubierta en sí mismo y por sí mismo. Como saber de segundo grado está en función de las realidades del presente y presupone siempre otros saberes previamente dados no siempre concordantes entre sí (G. Bueno, 1995, 97). En este sentido, la filosofía es un saber reflexivo por cuanto se vuelca sobre saberes previos a fin de compararlos, contrastarlos y explorar sus límites recíprocos. La filosofía se ocupa de las Ideas que brotan de la confluencia de conceptos que se conforman en el terreno de las categorías o de las tecnologías. Su campo es el del enfrentamiento con las Ideas y con las relaciones sistemáticas entre las mismas. Por eso, siguiendo la propuesta de G. Bueno, creemos que la filosofía ha de apoyarse sobre las disciplinas positivas del presente, para lo cual será preciso tener con ellas el mayor contacto posible, a fin de regresar críticamente hacia las ideas que atraviesan sus campos respectivos (1995, 45-46). En este aspecto, la conocida polémica entre M. Sacristán (1968) y G. Bueno (1970) acerca del carácter adjetivo o sustantivo de la filosofía se conduce a un común acuerdo. Tanto para uno como para otro la filosofía debe partir de la base proporcionada por la ciencia empírico-positiva. Por esa razón pondera Sacristán la ubicación de la filosofía del derecho en el quinto curso de licenciatura –nos referimos al benemérito y extinto «plan del 53»–, habida cuenta que, de esta forma, el profesor de filosofía del derecho no podría ser ajeno a la problemática jurídica positiva y no se presentaría como enviado de una enigmática instancia superior al de la ciencia jurídica. De lo contrario el filósofo del derecho tiende a convertirse en un «acrítico positivista inconsciente en las materias positivas de su especialidad y no menos acrítico creyente en las más peregrinas fantasías (incluida acaso la filosofía especulativa) por lo que hace al resto» (M. Sacristán, 1968, 375).

El hecho de que, como veremos, la filosofía del derecho tenga que partir del conocimiento de las diferentes ramas del saber jurídico, no significa

que su campo de actuación se limite a una comprensión aislada de las mismas. Si así fuese, la reducción analítica se cargaría de razón y la filosofía del derecho decaería en favor de la teoría general del derecho. El objeto de la filosofía del derecho no es el estudio de una parte o aspecto del saber jurídico –de ello tratarían precisamente las diversas ramas de la ciencia del derecho–, sino el conjunto de esos saberes jurídicos como totalización. Si nos apropiamos de la distinción que hace A. Kaufmann (1992, 29) en el marco de la teoría de la ciencia y entendemos por objeto material el objeto concreto del que se ocupa un determinado saber, mientras identificamos el objeto formal con la perspectiva desde la que se analiza esa realidad, podemos afirmar que la filosofía tiene un objeto formal caracterizado por la noción de totalización. Cuando decimos *totalización* no decimos *totalidad*, concepto que prescinde de cualquier base empírica y aspira a una especie de comprensión intuitiva y metafísica que desprecia el contacto con la realidad. En este sentido, la totalización propia del saber filosófico procura un análisis de las ideas que surgen de la actividad de la ciencia jurídica estableciendo un sistema entre las mismas y desbordando el método de la ciencia del derecho. La relación entre filosofía del derecho y ciencia jurídica es paralela a la existente entre filosofía y ciencia. En este sentido la filosofía del derecho encuentra su justificación en el tratamiento de aquellos temas a los que no llega la ciencia jurídica. Como señala López Calera, «*la comprensión de la realidad jurídica no se agota, no puede agotarse, en el simple análisis científico de las estructuras normativas o de los ordenamientos jurídicos. El derecho se forma y actúa a través de elementos o factores que no son meras estructuras lógicas. El derecho es también una realidad política, moral, económica, cultural, histórica, esto es, una realidad difícilmente comprensible en su totalidad desde una perspectiva estrictamente científica*» (1992, 17).

Ahora bien, la totalización de ideas a partir de conceptos puede seguir, en lo esencial, dos rumbos bien distintos. Podemos considerar que los conceptos que surgen de la práctica y que son categorizados por la ciencia del derecho adquieren cierta autonomía y justificación en tanto que sirven para entender, racionalizar y explicar el funcionamiento de esa práctica; o bien podemos cuestionar la autonomía y justificación de la práctica que da origen al derecho e intentar una reconstrucción externa de la misma. En el primer caso hablaremos de totalización dogmática y en el segundo de totalización crítica. La categorización epistemológica que realiza M. Harris en el ámbito antropológico resulta de interés para aclarar lo que decimos.

Toda práctica humana –y el derecho nace de una práctica– es susceptible de ser analizada siguiendo dos perspectivas. En primer lugar, es lo que se conoce como estrategia *emic*, la práctica puede ser vista desde el punto

de vista del participante en dicha práctica. Desde esta perspectiva las proposiciones *emic* se refieren a sistemas lógico-empíricos cuyas distinciones fenoménicas están hechas de contrastes y discriminaciones que los actores mismos consideran significativas, con sentido, reales, verdaderas o de algún otro modo apropiadas para hacer inteligible su actuación. A juicio de W. Goodenough, autor que resume perfectamente la estrategia *emicista* de investigación, la cultura de una sociedad, entre cuyas manifestaciones se encuentra en lugar destacado el derecho, se compone de todo lo que necesita saber o creer a fin de poder conducirse de un modo aceptable para sus miembros. En este sentido, cultura es producto final del aprendizaje; no las cosas, personas, conducta y emociones, sino la organización de estas cosas que la gente tiene en sus cabezas y sus modelos para percibir las, relacionarlas entre sí o interpretarlas. En segundo lugar, la práctica puede considerarse siguiendo una estrategia *etic*, es decir, desde una perspectiva externa a la práctica misma, propia de un observador que, prescindiendo de la significación que pueda tener un acto para aquel que lo realiza, analiza la consistencia del acto a través de distinciones fenoménicas consideradas adecuadas para la comunidad de observadores científicos (M. Harris, 1987, 491 y ss.). Ambas perspectivas, aunque no son excluyentes en el análisis de la práctica social –más aún: necesariamente se muestran complementarias–, están claramente jerarquizadas. Para Harris, tanto la perspectiva *emic* como la *etic* son absolutamente irrenunciables para esclarecer cualquier tipo de fenómeno social: «toda estrategia investigadora que no distinga (...) entre las operaciones *etic* y *emic*, será incapaz de desarrollar un conjunto coherente de teorías concerniente a las causas de las semejanzas y diferencias socioculturales. Y, *a priori*, me inclino a pensar que las estrategias que se limiten exclusivamente a la perspectiva *emic* o a la *etic* no pueden satisfacer los criterios de una ciencia orientada hacia metas de una manera tan efectiva como aquellas que abarcan ambos puntos de vista» (1985, 51).

Sin embargo, a pesar de que Harris intente mantener una cierta equidistancia acerca de la importancia de las dos perspectivas analíticas, parece claro –y en esto llevan razón Fischer y Werner (1978, 199)– que la teoría de Harris establece una prioridad *etic* en la explicación de los fenómenos sociales. Y ello por dos razones. La primera deriva de su concepción de la objetividad; la segunda se deduce de su planteamiento epistemológico.

La ciencia es en todo momento búsqueda de verdad objetiva y necesaria. Pero sucede que en las ciencias sociales la demarcación de lo subjetivo y lo objetivo no siempre es clara, dado que cabe presentar, objetivamente, tanto el punto de vista del observador como el de los participantes, según las operaciones empíricas empleadas por el observador. De ahí la importancia que Harris le concede a la distinción *emic-etic*. Con ella

se evitan los problemas de la aplicación de las categorías objetivo-subjetivo y, al mismo tiempo, se puede seguir predicando la objetividad como característica distintiva de la ciencia. Esa objetividad, según Harris, puede obtenerse operando tanto desde un punto de vista *etic* como desde un punto de vista *emic*: «es perfectamente posible enfocar fenómenos, tanto de tipo *emic* como *etic* desde una perspectiva objetiva, es decir, científica» (1985, 50). Ahora bien, la objetividad que demarca el dominio de la ciencia «representa el estatuto epistemológico que separa a la comunidad de los observadores de las comunidades observadas (...) Los propios observados pueden ser objetivos; pero esto no querrá decir sino que se han unido, temporal o permanentemente, a la comunidad de observadores, adoptando una epistemología científica operacionalizada» (1985, 50). La objetividad no se predica del estatus de las personas sino del punto de vista que adopten en la emisión de sus juicios y descripciones. Esto es, la objetividad no es exclusiva del observador –también el participante puede ser objetivo– pero sí presupone la adopción del punto de vista *etic*.

El segundo argumento, decíamos, se explica mediante el análisis intrasistemático de los principios epistemológicos del materialismo cultural. En efecto, el materialismo cultural, retomando el ya clásico enunciado marxista según el cual no es la conciencia la que determina el ser de los hombres, sino que es el ser social el que determina su conciencia, postula un determinismo infraestructural según el cual los modos de producción y de reproducción *etic* determinan indirectamente –mediante la determinación de la política y la economía– las superestructuras *emic*. En palabras de Harris, «el materialismo cultural afirma la prioridad estratégica de los procesos y condiciones *etic* (...) sobre los de índole *emic*» (1985, 72). La utilidad de la perspectiva *emic* es indudable pero siempre circunscrita a una mejor explicación de las descripciones *etic*, al punto que su función principal es la de «garantizar la más completa exploración de las influencias determinantes que ejerce la infraestructura conductual *emic*» (1985, 72). Aunque Harris afirma que el objetivo del materialismo cultural no consiste en convertir lo *etic* en *emic* ni lo *emic* en *etic*, sino que «estriba en describir ambos aspectos y, si es posible, explicar uno en función del otro» (1985, 51), es claro que el papel que él mismo asigna a los principios gnoseológicos del materialismo es el de interpretar la información *emic* en función de una mayor inteligibilidad o de una ratificación de las descripciones *etic*.

Exactamente la misma relación que media entre la conceptualización *etic* y *emic* –incluida su jerarquía explicativa– es la que existe entre los dos modos de entender la totalización filosófica que antes comentábamos. La totalización dogmática, aquella que suponía a los conceptos sobre los que trabaja una validez incuestionada y definitiva, equivale al tipo de des-

cripción emic; mientras que la filosofía crítica se corresponde con el tipo de descripción etic. Con ello significamos, en primer término, que ambos modos de totalización son indispensables para la elaboración de una filosofía del derecho sistemática. La filosofía es tanto totalización de la realidad empírica del derecho como totalización de esa realidad empírica conocida a través de la ciencia jurídica. Claro que, en segundo término, también atribuimos una prioridad fundamental al tipo de descripción etic como formulación global de la filosofía del derecho. Aunque los dos modos de entender la totalización *ideal* del derecho dan lugar, en sentido lato, a una filosofía del derecho, sólo la segunda es filosofía en sentido estricto.

En realidad, la distinción que estamos estableciendo entre dogma y crítica hunde sus raíces en la historia de la filosofía, al punto que en buena medida explica su mismo surgimiento. La cultura occidental estableció sus fundamentos distinguiendo radicalmente entre el discurso de la verdad y el discurso de la apariencia, distinción que, como recuerda E. Lynch (1988, 41), operó como fractura en el campo del saber. El pensamiento prefilosófico no afrontaba los problemas sino reiterando una fórmula preexistente, recibida, traditiva. La prefilosofía es una forma de expresión de la mentalidad tradicional. Pensar, querer y sentir son para los hombres tradicionales repetir en sí mismo un repertorio inmarcesible de actitudes que por el hecho de ser recibidas merecen justificación. La sumisión y adaptación a lo recibido, a la tradición dentro de la cual vive el individuo inmerso, adquiere en este modelo de pensamiento el papel de criterio de verdad. A esta forma de pensamiento llamaron los griegos *doxa*. Posiblemente fuera Parménides el primero en oponer este concepto –recordemos el fragmento de su poema *Por el camino de la doxa*– al de *aletheia*, en este contexto sinónimo de filosofía por cuanto significa el intento de la razón de encontrar la verdad y representa la prescindencia de cualquier tipo de predeterminación traditiva. Es precisamente el enfrentamiento con la habitualidad como criterio de verdad que es propio de la filosofía lo que ha llevado a identificar el concepto de filosofía y el de *aletheia* –algo que en sí mismo es correcto–, así como a inventar un falso étimo de *aletheia* que ratificase su significado. Así, Heidegger –y en esto fue seguido por Ortega– pensaba que *aletheia* era un derivado de *letheia* –que significa poner un velo, ocultar– precedido de una alfa privativa que invertía su sentido; esto es, *a-letheia* venía a significar traer algo a la superficie, descubrir lo oculto o velado, mostrar la verdad. Aunque, como pone de manifiesto el riguroso trabajo de P. Friedländer (1989, 214 y ss.), el étimo es falso –la palabra procede de la conjunción de *alé*, que es una partícula ponderativa y *ethos* (costumbre), con lo que se invertiría el significado de la palabra– la significación que los griegos dieron al concepto era, invirtiendo así su génesis, el que Heidegger ideó *pro domo sua*. En

otro orden de cosas, ya decíamos que la cuestión tenía raíces clásicas, también Platón utilizó la contraposición entre *doxa* y *episteme* (1993, 299, 511c) para significar el diferente conocimiento que se extrae de la utilización del pensar tradicional y el filosófico.

En cualquier caso, la filosofía, entendida como *aletheia* o como *episteme*, nace constitutivamente como enfrentamiento a la *doxa*, término habitualmente traducido por *opinión* o por *apariencia*. La *doxa* es lo que se dice, lo que parece, lo que la comunidad espera, el comportamiento habitual con el que se cuenta. Dicho brevemente, la *doxa* es la expresión de lo consabido. Por el contrario, la filosofía tiene un cariz polémico por cuanto cuestiona sistemáticamente la opinión recibida. Por eso la fórmula normal del enunciado filosófico implica siempre una negación. Su expresión no es «A es B», sino «A no es B, sino C» –con lo cual, casi sin querer, hemos definido filosóficamente la filosofía–.

Ahora bien, la filosofía no tiene por qué destruir la prefilosofía –la *filodoxía*– de la que parte y con la que se enfrenta, sino que, desde su nivel debe comprenderla, absorberla o rechazarla y sustituirla por una verdad justificada. La trituración de otras formas de filosofía de la que habla Bueno (1995, 48, 70), y que, desde luego, es imprescindible, presupone la idea de una posibilidad de entender ya no tanto un sistema concreto cuanto cualquier sistema que pudiera asumir o haber asumido un papel rector en la sociedad. Y, en este sentido, la *doxa* debe ser asumida por la filosofía que no es sino la superación dialéctica y, por tanto, envolvente, de aquel pensar.

Según esto hay dos actitudes con las que podemos afrontar el estudio del derecho y, en general, de la realidad. La primera tiene como *ratio* la contemplación del derecho como conjunto articulado de normas que cumplen una función de orden social. Los caracteres que conforman la realidad no son cuestionados habida cuenta de que la función que realizan existe empíricamente. Esta perspectiva parte ya de una práctica que se considera justificada pragmáticamente. El mero hecho de su existencia es razón suficiente para estimarla justificada y acorde con un comportamiento racional. La actitud filodóxica concibe el derecho como conjunto de preceptos socialmente vinculantes cuya obligatoriedad no es puesta en duda. Por contra, la actitud filosófica concibe el derecho como producto cultural cuyo sentido está en función de los demás elementos de la sociedad en que emerge y vive. La filodoxía, por utilizar la distinción de la fenomenología de Husserl –deudora en esto de la epistemología kantiana– establece una visión analítica del derecho basada en relaciones de implicación. En este tipo de relaciones un pensamiento aparece como surgiendo de otro anterior porque no es sino la explicación de algo que ya estaba en éste implícito. En la implicación la serie de pensamientos brotan dentro de un primer pensamiento en

virtud de un análisis progresivo. La filodoxía, al analizar el derecho como un conjunto formal con sustantividad propia ve al derecho como un conjunto de partes implicadas. La filosofía, muy al contrario, estudia el fenómeno jurídico desde el punto de vista sintético como el resultado de relaciones de complicación –tal vez por eso, si hemos de creer a buena parte del alumnado, la filosofía del derecho sea tan *complicada*–. La complicación –también llamada fundación o fundamentación– es aquella relación por la cual una parte está unida a otra pero sin estar contenida en ella. Desde esta perspectiva, el derecho no se agota en su especificidad formal ni en sus peculiares derivaciones de validez, sino que se integra en la «cultura jurídica» de una sociedad, entendiéndolo por tal «las ideas, valores, actitudes y opiniones que la gente mantiene en una sociedad con relación al derecho y al sistema jurídico» (L. Friedman, 1994, 118). La idea de norma complica necesariamente la idea del espacio en torno del cual se mueve. Tiene razón Hughes al afirmar en su crítica al formalismo kelseniano que un sistema jurídico no es simplemente una estructura de la razón que fluya de la suposición de un conjunto de premisas, como si se tratara de geometría Euclidiana (1974, 209). Esto vale para el filólogo, no para el filósofo del derecho. La existencia de una comunidad jurídica debe ser analizada, como cualquier regulación de la vida humana que es realmente eficaz, en términos de actitudes y disposiciones efectivas hacia los procedimientos de aceptación de la autoridad de las personas que constituyen la comunidad. Para la filosofía, la obligatoriedad y la función ordenadora del derecho no constituyen límite, sino reto. Por eso aludíamos antes, en lo que pudiera haber parecido referencia excéntrica, a las categorías emic y etic. La filodoxía es una disciplina eminentemente émica ya que se sirve de enunciados que sólo desde el punto de vista interno del participante tienen sentido, pues sólo desde esta situación el concepto de obligatoriedad y el orden correlativo que implica adquieren relevancia. La filosofía es, en cambio, una disciplina *ética* –¡*more Harris!*– que utiliza enunciados independientes del mantenimiento del orden autónomo creado por las normas. Llegado el caso, el filósofo puede entonar el *fiat veritas pereat ius*, algo que está radicalmente vedado para el filólogo. Sirvámonos de un retruécano: para un filólogo la ley hace fe mientras que para un filósofo es la fe la que hace la ley.

Conviene aclarar que lo que verdaderamente diferencia la filosofía de la filodoxía no son las diferentes preguntas a las que dan respuesta. Es la perspectiva desde la que se afronta un problema y no la naturaleza del problema mismo lo que diferencia filosofía y filodoxía. El objeto de conocimiento, en esto tenemos de nuestra parte a Kant, no es constitutivo de estos dos modos de conocimiento. Es la diferente actitud ante las mismas preguntas la clave que los separa. La filosofía intenta responder y la filodoxía solu-

cionar. La teoría analítica de los enunciados descriptivos de los que habla Bulygin (1988) y que según él sólo cabe declarar verdaderos o falsos utilizando cualquier punto de vista, sea interno o externo, no tiene sentido. La solución verdadera no tiene por qué ser una respuesta verdadera y viceversa. La filosofía y la filodoxía expresan diferentes cosas. Parafraseando lo dicho por N. Bobbio respecto de la ciencia y la filosofía, la filodoxía es una toma de posesión de la realidad y la filosofía una toma de posición frente a la realidad (1980, 88). Responder y solucionar pueden parecer términos equivalentes y, sin embargo, no lo son. La filodoxía no da respuestas: únicamente proporciona expedientes que dan salida a una dificultad salvando así los inconvenientes que se derivan de un cuestionamiento último. La verdad, aquel bien que, siguiendo el mito platónico, sólo es accesible una vez fuera de la caverna, no es un fin en sí mismo. Es más, la propia condición funcional de la filodoxía exige que su método tenga como espacio la umbría cavernícola. Muy al contrario, a la filosofía no le basta con la solución –con todo lo que de provisional implica el término– de ciertos problemas que se le presentan. Su cometido es el de analizar las interpretaciones de la filodoxía, dar razón de ellas, ponerlas a prueba, rechazarlas si son falsas y elevarlas a condición de filosóficas si son verdaderas. Las soluciones de la filodoxía parten siempre de la elusión de las posibles respuestas que pueda dar la filosofía. La filosofía indaga que diferencia hay, si la hay, entre la soberanía que se predica del poder constituyente y la eficacia que se deduce de una actuación inconstitucional impuesta por vía de hecho; la filodoxía se dedica a buscar la diferencia que sin duda existe –esto es, presupone la respuesta para buscar una solución– entre ambos supuestos.

El filósofo del derecho no puede aceptar como verdadero nada que no haya sometido a radical revisión, nada cuyos fundamentos de verdad no haya construido. Por ello ha de dejar en suspenso toda creencia. Y el derecho –no nos es dada una mayor precisión en este momento– es, ante todo, creencia. En este sentido –aquí la precisión de Ortega es más que certera (VII, 357)– por cuanto cuestiona nuestras creencias más habituales y plausibles, las que constituyen el suelo intelectual sobre que vivimos, la filosofía es antinatural y *paradójica* en su raíz misma. La filodoxía se cimenta en la opinión espontánea y consuetudinaria. Por contra, la filosofía se ve obligada a desasirse de ella, en busca de otra opinión, de otra *doxa* más firme que la espontánea. La filosofía es, pues, *para-doxa*.

Así las cosas, los asuntos de la filosofía del derecho, en un sentido amplio, vendrán dados tanto por la preconcepción ontológica de la que partamos –en nuestro caso cabría decir que el derecho es un hecho psico-social o, con más propiedad, una creencia en la obligatoriedad de determinado poder que viene codificada por normas de conducta sostenidas mediante el uso

de la fuerza— como por la distinción entre filodoxía y filosofía que acabamos de examinar y que atraviesa toda la disciplina. Aunque, como nos consta, la filosofía y la filodoxía comparten los mismos problemas, pues en puridad son métodos de conocimiento, su propia articulación analítica se centra preferentemente en un núcleo temático determinado. De esta manera, enunciemos ahora lo que más tarde se desarrollará por extenso, la filosofía se ocupa de los elementos relacionados con el origen y la consistencia de la creencia jurídica, mientras que la filodoxía se ocupa de los factores relativos a la codificación de esa creencia mediante normas; su objeto son las condiciones mediante las cuales se reproduce la creencia. O, si nos acogemos a la terminología tradicional, la filosofía tiene como campo específico de actuación la Sociología —como respuesta a la previa cuestión ontológica, pues, al contrario que A. Gramsci, que consideraba que la sociología era la «filosofía de los no filósofos», aquí sostenemos que, al menos en lo que respecta a la filosofía del derecho, la sociología es la única respuesta filosófica posible ante el estudio del derecho— y la Axiología jurídicas; la filodoxía, por su parte, se centra en la Teoría General del Derecho y en la Epistemología jurídica desarrollada a través de la Teoría de la Ciencia Jurídica.

## II. POR EL CAMINO DE LA DOXA

La filodoxía del derecho tiene —como toda filodoxía— un sesgo práctico, funcional y utilitario. Al analizar la práctica social en que consiste el derecho la filodoxía parte ya de un dato que es asumido como frontera del pensamiento: el derecho crea un orden en la convivencia social; y ese orden *ha de ser* diferenciado conceptualmente de otras regulaciones competitivas. El mero hecho de ser una práctica real que regula eficazmente la conducta de una sociedad convierte al derecho en un objeto autónomo, en un proyecto de ordenación social que, si bien para ser interpretado puede ser puesto en relación con sus orígenes y con el contexto social en que ha de ser aplicado, siempre se considerará como una estructura independiente y con un significado propio fundado en su propia sustantividad (M. Saavedra, 1994, 42-43). Así, la filodoxía desenvuelve su campo de actuación en el lugar que tradicionalmente ha ocupado la filosofía dogmática; esto es, aquella filosofía que se presenta como doctrina cuya estructura pretende fundarse en principios axiomáticos e intemporales y, por tanto, se reconoce como saber definitivo y cerrado en sí mismo. La filodoxía se orienta a la comprensión de las reglas que producen el orden social. Pero esa comprensión es, a la vez, reproducción de los mecanismos que hacen posible el orden. Existe desde un inicio una predeterminación funcional cual es posibilitar la subsistencia de la práctica que hace posible el derecho, y, con él, la convivencia. Al igual que si se tratase de un organismo vivo cuya supervivencia constituye en sí

misma un bien, el derecho es visto como un ser al que hay que observar y comprender para facilitar así su conservación y desarrollo. La filodoxía, entonces, estudia las reglas que producen la convivencia porque y en tanto que producen esa convivencia; estudia la operatividad de las reglas porque son y para que lo continúen siendo. La seguridad, certeza y previsibilidad del ordenamiento institucional se alimentan del conjunto de fórmulas estables que proporciona la filodoxía. El análisis filodóxico no se limita a describir, sino que produce los elementos del sistema de manera tal que el funcionamiento de éstos incorpora, reproduce y perpetúa al sistema mismo. Por eso, la línea de investigación filodóxica es inoperante para plantearse cuestiones ontológicas sobre la consistencia del derecho. Este tipo de planteamientos acaba siempre cuestionando la obligatoriedad de la normatividad y, con ello, poniendo en peligro la subsistencia del ejemplar jurídico. El filódoto limita su estudio a la apariencia, al *datum* adquirido del derecho del que habla L. Gianformaggio (1994, 49). En este sentido, conviniendo en ello con J. R. Capella, buena parte de la reflexión sobre el derecho, ya sea iusnaturalista, ya positivista ha adoptado este punto de vista consistente en «*admitir el hecho jurídico, es decir, el sistema de dominación del hombre por el hombre en el que lo jurídico es un elemento al parecer necesario (1975, 23)*». Las inquisiciones que sirvan para sembrar de duda lo que la intuición y el buen sentido dan por bueno son desterradas. Lo dicho por Arthur Kaufmann, repitiendo palabras de su tocayo Armin, resume perfectamente la actitud que estamos comentando: «Hablemos *de Derecho*, sin la seguridad definitiva de hacerlo sobre *lo que es Derecho*» (1994, 28).

La filodoxía –el estudio jurídico que se realiza en función de la operatividad del derecho– tiene unas características que se pueden reunir en torno de la teoría de la dogmática jurídica. La dogmática jurídica es la ciencia del derecho en sentido estricto; esto es, el conocimiento sistemático de las normas y los conceptos jurídicos propios de un ordenamiento jurídico concreto (G. Robles, 1995, 118). La teoría de la dogmática o de la ciencia jurídica estudia los métodos de conocimiento de la dogmática, la forma típica de tratamiento y elaboración de los textos jurídicos vigentes realizados en función de la práctica judicial profesional. Su misión es conocer y dominar el mensaje normativo contenido en el sistema jurídico en vigor para poder aplicar la consecuencia jurídica prevista a las relaciones sociales controvertidas. Las definiciones del derecho que propone y ensaya la filodoxía tienen un propósito específico, cual es la delimitación de un sector que pueda ser comprensiblemente descrito e históricamente estudiado bajo la denominación de ciencia jurídica, y, para este propósito, ha de partir de criterios de utilidad. Como decía Bentham, el ingenio, unido a la necesidad de los primeros maestros del lenguaje, ha tendido un velo de misterio sobre el rostro

de las ciencias, y ninguno más impenetrable que el que cubre la jurisprudencia. Ahora bien, continúa Bentham, no sería ni práctico ni conveniente eliminar por completo ese velo, aunque deberíamos aprender a traspasarlo a voluntad para poder obtener una percepción clara de las cosas. La mentira útil que a juicio de Kelsen representaba la teoría iusnaturalista (1982, 112) tuvo históricamente esta misma función. La filodoxía, de igual modo, se construye a partir de la estimación de la conveniencia del velo y estudia sus posibilidades; la filosofía, luego lo veremos, surge con la finalidad de quitar el velo, algo que, como no puede ser menos, produce no pocos desvelos. Si nuestra obediencia no fuera un hábito propio del creyente, de aquél que no se plantea un dogma porque lo confunde, simplemente, con la realidad, las relaciones sociales se verían comprometidas. Si, lejos de creer, pensásemos; si fuésemos filósofos ante el derecho en vez de fieles ante el misterio, se produciría el caos. En este sentido, con propiedad, puede decirse que el mundo funciona *de milagro*. Pues no otra cosa es el hecho de la obediencia. Ahora bien, aquéllos que creen en los milagros acaban beneficiándose a fuerza de creer en ellos. En el derecho, tanto como en la religión —muy a pesar de la sindología y de las patrañas marianas, juicio este que sometemos a la *exceptio veritatis*—, es la creencia la que hace al milagro, y no a la inversa. Así debemos interpretar la impronta fideísta basada en la revelación que rigen tanto la religión como el derecho. *Nisi credideritis, non intelligentis* —si no creéis, jamás entenderéis—, decía Agustín citando al profeta Isaías. Desde esta perspectiva, para alcanzar el objetivo que la filodoxía se propone, el método tiene que ser inmanente. No será posible salirse del objeto mismo buscando alguna conexión con el mundo que lo rodea. El universo que construye la regulación jurídica es la frontera con la que se topa la filodoxía. Este tipo de investigación no va más allá de los límites que impone el conjunto normativo concebido como patrón de conducta debida. Como subraya U. Cerroni (1978, 140), el método dogmático que caracteriza a la filodoxía «unas veces se ve obligado a recurrir a la filosofía, otras a la historia, siempre de un modo acrítico, pues no tiene otra alternativa para superar los límites citados y llegar a un conocimiento explicativo, es decir, verdaderamente científico, de los fenómenos que está sometiendo a examen».

La predeterminación funcional constituye en todo momento la razón de la especulación filodóxica. Es lo que Kantorowicz llama «pragmatismo conceptual» en la definición de lo que sea el derecho y que está encaminado a proporcionar una definición provechosa para la jurisprudencia (1964, 34-36). Esta es la razón que explica que la filodoxía se nutra, como demostró Kelsen de manera ejemplar, de la ficción. Ficción es toda representación cuyo valor de verdad se estipula por mediación de una creencia (E. Lynch,

1968, 43). Frente a ciertas características de lo ficticio, de aquello que sabemos falso, la razón adopta una posición extraña: aunque sepamos que aquello que oímos o leemos no es verdad, o que no puede serlo, de todos modos creemos en ello, es decir, le atribuimos el mismo rango y categoría de lo auténticamente verdadero. La ficción es una analogía de verdad: no se opone a la verdad sino que es un subproducto de ésta. Cuando el conocimiento de la verdad no sólo no es necesario, sino que es contraproducente –y esto acontece en las ocasiones en las que existe una predeterminación funcional de una actividad social– la ficción desempeña una labor sucedánea de la verdad. Según ha mostrado Vaihinger (1968) la característica más relevante de la ficción, además de su relación «violenta» con la realidad por cuanto implica una autocontradicción consciente y su tipicidad, son la provisionalidad y la mediación. La provisionalidad de la ficción, a diferencia de la atemporalidad del mito, le faculta para cambiar a medida que mutan las condiciones que explicaron su origen. O incluso cambia por efecto de las operaciones de pensamiento que, al avanzar en el proceso de conocimiento, descubre que las ficciones utilizadas hasta ese momento han dejado de tener sentido, han dejado de servir. La mediación muestra la capacidad de las ficciones para servir de nexo entre la consciencia de la irrealidad y la no menos consciente necesidad de una solución para un problema concreto. De este modo, las ficciones se convierten en medios para lograr un fin determinado, es decir, como señala Vaihinger, las ficciones son, ante todo, convenientes. La falsedad de una opinión, decía Nietzsche, no es objeción suficiente para desestimarla. En la ficción el sujeto coloca una verdad simulada, una impostación que, respecto de lo verdadero, funciona como si lo sustituyese plenamente. De este modo, la ficción –el *como si*– tiene la virtud de habilitar a la creencia. Por eso, decía Vaihinger, «la ficción es el más práctico, el más consciente, y el más fructífero de los errores (1968, 94)

Tras lo visto no ha de extrañar que el punto de vista interno –la perspectiva emic– sea una premisa necesaria en este planteamiento. El punto de vista interno se convierte en garante del compromiso que el operador jurídico ha de mostrar con las instituciones del sistema para hacerlo funcional y operativo. C. S. Nino nos muestra este rasgo en lo que él llama «ciencia del derecho positivo» y que se corresponde exactamente con lo que aquí venimos llamando actitud metodológica o filodóxica respecto al derecho: «La llamada “ciencia del derecho positivo”, que se propone como misión esencial la de auxiliar a la práctica jurídica, no puede sino adoptar el mismo punto de vista interno y partir de principios autónomos de justicia y moralidad social para inferir consecuencias aplicables a cada área del derecho. Al hacer esto, debería, a mi juicio, abandonar toda pretensión de neutralidad valorativa y dejar de lado métodos espurios de ocultamiento de opciones va-

lorativas bajo la apariencia de análisis conceptuales o descriptivos» (1994, 195). Como señala J. W. Harris, «el derecho no será capaz de cumplir sus funciones típicas de introducir estabilidad de expectativas y organizar la seguridad física y económica, a no ser que los funcionarios compartan de verdad una ideología común aprobando el marco constitucional en el que operan» (1980, 112-113). Aunque en principio pudiera pensarse que los destinatarios de la teoría de la dogmática son todos los ciudadanos de la sociedad, por cuanto se supone que deben conocer el derecho a cuyo cumplimiento están obligados bajo la amenaza de sanciones, los verdaderos destinatarios son los juristas prácticos, los administradores del derecho. La actitud y el conocimiento del ciudadano a este respecto es irrelevante. La filodoxía, al necesitar un punto de partida incuestionado, cual es la obligatoriedad de lo preceptuado en las normas, presupone siempre un compromiso con lo normativo; y este compromiso no es necesario sino en los que offician la liturgia. Como en toda creencia, existe una fidelidad activa y otra refleja. Tanto Kelsen como Hart se han percatado de esta cruda realidad. El primero, al establecer que las normas jurídicas primarias –las sancionadoras, que son las únicas necesarias para la existencia de un sistema jurídico– están dirigidas a los jueces encargados de administrarlas. El deber ser que incorpora la norma no atañe al ciudadano, que a este respecto es libre de hacer lo que le parezca, sino al juez que sí tiene obligación de realizar la conducta que en la norma se estipula. El segundo, al reconocer que para la subsistencia del ordenamiento jurídico sólo se precisa la aceptación normativa –la crítica reflexiva acerca de lo preceptuado en las normas– de los órganos que aplican el derecho. Los ciudadanos basta con que obedezcan.

Por todo ello la filodoxía abandona la pretensión de generalidad en sus estudios. La inquietud teórica acerca de la naturaleza del derecho decae en favor de un planteamiento que intenta mostrar el funcionamiento de los contenidos concretos de los sistemas. La consideración pragmática del derecho hoy predominante muestra especial interés no en la indagación sobre el sentido, metas o fines que se propone alcanzar a través de determinados modelos de conducta mediante normas, sino en saber cuál es el Derecho vigente, el derecho que obliga realmente al individuo y al que debe ajustar su conducta.

Al tener como meta el estudio del significado y el alcance de los conceptos de la ciencia del derecho, la filodoxía se nutre principalmente de los instrumentos que proporciona la lógica y el análisis del lenguaje. Toda reflexión sobre el derecho que da por supuesto el concepto mismo de derecho se ciñe a una crítica del lenguaje utilizado en las entidades lingüísticas que se presentan como derecho. Dado que cualquier planteamiento del derecho que inquiera por su obligatoriedad; esto es, por la capacidad que

tiene el derecho de convertirse en una pauta de conducta, es irrelevante a la hora de establecer un concepto filodóxico del derecho, el objeto propio de la filodoxía es el lenguaje en el que se hace consistir al derecho. Haciendo caso al Evangelio de Juan, la filodoxía estima que en el principio era el verbo. G. Robles nos da una muestra de esta estrategia. Cuando este autor se plantea la posible naturaleza del derecho para así acometer los problemas que se derivan de su comprensión nos dice: «El derecho es lenguaje (...) El derecho lo crea el hombre, es un producto típicamente humano, un artificio sin entidad corporal, pero no por ello menos real que las máquinas y los edificios. El derecho es el resultado de múltiples decisiones de los hombres cuya expresión sólo es posible *mediante palabras* (...) Si suprimimos las palabras suprimimos automáticamente el derecho» (1995, 105-106). La filodoxía es, a través de la crítica del lenguaje y la sistematización lógica del mismo, un metalenguaje que tiene por objeto analizar las entidades lingüísticas que se presentan como derecho. De este modo, la filodoxía cumple una función ordenadora y clarificadora cuyo objetivo no sería dilucidar la consistencia del derecho o la validez real de una prescripción, sino mostrar el significado de los enunciados jurídicos en cuanto se presentan como realidades efectivamente operativas. Por ello la naturaleza del derecho es, para la filodoxía, eminentemente lingüística. De ahí la preferencia generalizada de la filodoxía por la adopción de la postura analítica, lo que les lleva a multiplicar las divisiones con las que pretenden clarificar el estudio de los problemas objeto de examen. La concepción de la Filosofía del Derecho de Pattaro es representativa de la perspectiva filodóxica que estamos comentando. Partiendo de un enfoque netamente neopositivista Pattaro considera que la filosofía del derecho es un metalenguaje que tiene por objeto los enunciados y proposiciones de las ciencias jurídicas, los juicios de valor propuestos por las distintas deontologías y los enunciados normativos de los diversos operadores jurídicos. Ahora bien, para delimitar este amplísimo cometido que se asigna a la Filosofía del Derecho, añade Pattaro que desde un punto de vista metodológico no todos los metalenguajes sobre el Derecho son Filosofía del Derecho, sino sólo aquéllos que contribuyen a atribuir *orden, claridad y funcionalidad* al lenguaje jurídico (1978, 42). La conexión entre filodoxía y análisis funcional del derecho parece clara. La reflexión filodóxica se torna así en Teoría General del Derecho o en Teoría de la Ciencia Jurídica. En ambos casos, el estudio filodóxico está centrado en la reproducción de la creencia jurídica a través de la codificación normativa.

La Teoría General del Derecho se plantea el análisis de los caracteres estructurales del derecho, asumido o entendido como sistema de normas estructuradas con arreglo a ciertas relaciones formales. Cualquier conexión de la forma normativa con la realidad que le da origen es preterida. Con razón

dice Bobbio (1980, 71 y ss.) –entre nosotros también ha insistido sobre ello M. Atienza (1975, 4)– que la Teoría General del Derecho no es una disciplina propiamente filosófica. El poder habla en un lenguaje que la filodoxía no entiende. Por ello la labor de la teoría es, fundamentalmente, la de traducir ese lenguaje a otro inteligible. Para esta disciplina el derecho es sólo la forma que adopta la transmisión de la creencia. Se acepta, funcionalmente, que el derecho es un sistema estructurado de normas positivas. En palabras de J. A. García Amado, la Teoría General del Derecho trata de poner de manifiesto los caracteres básicos que conforman las normas jurídicas y los conceptos utilizados en el derecho y en la dogmática, así como de analizar las interrelaciones lógicas que presiden la incardinación de las normas en el sistema y las notas especificadoras de los sistemas jurídicos (1994, 134). Así, es posible distinguir dentro de la Teoría General del Derecho una Teoría General de las Normas y una Teoría del Ordenamiento Jurídico.

La primera de estas ramas se ocupa de los aspectos generales de las normas jurídicas, aisladamente consideradas. En concreto, su labor consiste en el análisis de las partes de los enunciados jurídicos que son comunes a todos los enunciados de una misma clase, cualquiera que sea la rama del ordenamiento jurídico en que los enunciados se presenten (Hernández Marín, 1993, 176). De esta forma la Teoría de las normas jurídicas determina el sentido compartido por todas las normas de una determinada clase, prescindiendo de los contenidos específicos de cada norma. En esto radica la diferencia de esta materia filodóxica y la dogmática jurídica. La Teoría General de las Normas presenta la totalización propia de una disciplina que, aunque no de manera genuina, pertenece al ámbito filosófico. Por otra parte, también es labor de la Teoría General de las Normas el análisis de la consistencia de las normas jurídicas como entidades lingüísticas específicas, así como su clasificación desde la perspectiva de la teoría del lenguaje.

La Teoría del Ordenamiento Jurídico se ocupa de las relaciones lógicas y jerárquicas de las normas previamente analizadas por la Teoría General de las Normas. Por ello el concepto fundamental sobre el que gira esta disciplina es el de *sistema*; esto es, la concreta relación de implicación que experimentan las partes normativas respecto del todo jurídico al que pertenecen y que, aquí convenimos con Kelsen, le es previo al menos conceptualmente. La unidad del sistema jurídico –o, en otras palabras, la posibilidad de identificar las partes como pertenecientes al sistema–, la coherencia entre las normas y la completud o incompletud del sistema son los temas clave que la Teoría del Ordenamiento Jurídico.

La Teoría de la Ciencia Jurídica es una «reflexión metajurídica sobre las prácticas jurídicas y los distintos saberes científicos y técnicos que tienen como objeto al derecho» (M. Atienza, 1985, 365). Dado que una ciencia del

derecho será, paradójicamente, una ciencia de la no-ciencia, pues lo que no puede estar fundado en razón –la creencia– es aquello sobre lo que se funda la autoridad política y la obediencia en que el derecho consiste, la Teoría de la Ciencia Jurídica parte de idéntica elipsis. Como quiera que la Ciencia Jurídica –la dogmática– se ocupa del derecho como un fenómeno aislado de la realidad que lo causa, la Teoría de la Ciencia Jurídica arrastra una misma desvinculación material. El que esta rama del saber filodóxico sea «razón crítica de la razón científica» (Gil Cremades, 1975, 68) no empaña lo que decimos. La reflexión sobre la dogmática jurídica y sobre la actividad propia de los juristas comparte con su objeto el dejar en suspenso toda cuestión referente a la validez del derecho o a su obligatoriedad. Por eso, decíamos, es ésta una disciplina que, al igual que la Teoría general del Derecho, pertenece al ámbito filodóxico. Al analizar los enunciados de la Ciencia del Derecho, la Teoría de la Ciencia Jurídica se convierte en un estudio del papel del sujeto en la actividad cognoscente, en un análisis del método y los procedimientos lógicos utilizados en la argumentación jurídica y en el trabajo de interpretación, aplicación y realización del derecho. La preocupación epistemológica sobre la posibilidad de juicios objetivos y racionales acerca del derecho es el interés preponderante de esta disciplina. Por decirlo en términos que nos reconduzcan a nuestra investigación, la Teoría de la Ciencia jurídica se ocupa ya no de la forma –que era cuestión de la Teoría General del Derecho– sino de las condiciones racionales que desarrolla la transmisión de la creencia jurídica.

Ahora bien, si estos temas filodóxicos agotan las posibilidades del análisis filosófico –tal pretende la concepción de la filosofía del Derecho de Pattaro, que es sólo muestra ejemplar de un nutrido grupo de filódoxos con vocación expansiva– entonces no existe la necesidad de hablar de una filosofía del derecho como disciplina completamente distinta de la dogmática. La dogmática tiene como misión purificar, completar y sistematizar el lenguaje del legislador (N. Bobbio, 1980, 174); y este es justamente el campo que la visión analítica –aunque atribuyéndole una dimensión metateórica– asigna a la filosofía del Derecho. Como señala Pérez Luño (1988, 115), la peculiaridad distintiva del análisis lingüístico filosófico en relación con el científico desaparece así por completo.

La relevancia de los análisis derivados de la teoría general del derecho y de la Teoría de la Ciencia Jurídica es mucha y parece indiscutible que los beneficios que se deducen de su uso –sobre todo en orden a desenmascarar algunos mitos persistentes que han dominado la doctrina de la interpretación jurídica para mantener el prestigio de la doctrina y de una jurisprudencia neutral y apolítica (L. Prieto, 1987, 599)– han de ser justamente ponderados. Sin embargo, la importancia no puede llevarnos a la reducción

—siempre por vía de mutilación— de la filosofía a la filodoxía. Como señala U. Cerroni, aunque no puede negarse la utilidad de estudiar la estructura técnica de la norma jurídica, «¿qué diríamos de un lingüista que comenzara por analizar y catalogar todos los sonidos perceptibles sobre nuestro planeta sin llevar a cabo esta distinción fundamental que convierte un conglomerado de sonidos en un lenguaje y sin preguntarse cómo un determinado sonido se *convierte* en miembro de un lenguaje humano? ¿Cómo podría llegar a comprender jamás no ya la *historia* de la lengua, sino la propia *gramática* de la lengua que se habla *en la actualidad?*» (1978, 106). La filodoxía, entendida como único punto de vista filosófico sobre el derecho, conduce a una estéril catalogación de los *sonidos* jurídicos. Por otra parte, incluso utilizando las armas propias de esta tendencia *filodoxizante* cabe impugnar la tentativa. El lenguaje, qué duda cabe, tiene una importancia decisiva para el análisis filosófico y es un buen comienzo para hacer filosofía desentrañar el significado de las palabras, es decir, sacarle las entrañas. Sin embargo, la filodoxía —que es la filosofía del derecho de los analíticos—, se complace en permanecer en las tripas de las palabras. De ahí que, frente a lo desabrido del ejercicio filosófico, la filodoxía muestre siempre un aspecto más *entrañable*.

En la actualidad, el fenómeno que Habermas (1987, I, 338) ha denominado muy gráficamente como *emigración de la moral al seno del derecho positivo* explica la tentativa de reducir la filosofía a filodoxía. El juicio moral sobre la justicia de la norma que había caracterizado el discurrir del pensamiento iusnaturalista es reemplazado por un juicio jurídico sobre la validez de la misma. Los problemas de fundamentación moral se desplazan hacia el conjunto del sistema: aceptado el marco institucional del sistema el resto de las derivaciones que se produzcan pasan a ser problemas jurídicos. El sistema jurídico sólo precisa para su legitimación de un conjunto de instituciones básicas capaces de fundamentarlo. A esto se refiere Habermas cuando afirma que «el efecto específico de la positivización del orden jurídico consiste en un desplazamiento de los problemas de fundamentación, es decir, en que el manejo técnico del derecho queda descargado, durante largos tramos, de problemas de fundamentación (Habermas, 1987, I, 338). Es-to es, el derecho se presenta habitualmente como una simple concatenación de reglas técnicas que suscitan problemas igualmente técnicos. La filodoxía encuentra aquí no sólo un campo abonado para desplegar su método —que es legítimo y, además, necesario—, sino la oportunidad de absorber la posibilidad del análisis estrictamente filosófico. Y este es el verdadero peligro, pues la filodoxía —regocijada en la posibilidad de una fundamentación puramente procedimental— carece de los medios necesarios para plantearse el análisis crítico que la dimensión filosófica precisa.

Por otra parte, la admisión generalizada –sobre todo a partir de los análisis del realismo norteamericano– de que el derecho es un mecanismo de control social y, en consecuencia, la labor del jurista un tipo de ingeniería social (O. Weinberger, 1989, 81), puede conducir a establecer la primacía del aspecto filodóxico frente al filosófico. A esto se refiere A. Ollero cuando señala que «el viejo arte de preguntar, de no contentarse con la respuesta alcanzada, parece desfasado ante el predominio del nuevo dogmatismo de la ciencia. No es ya la verdad, sino la utilidad la capaz de dar sentido a la existencia humana. A la ciencia, porque «sirve», se la imagina como un entramado de certezas, olvidando que utilidad y falsedad no son incompatibles. La filosofía pierde crédito, porque difícilmente puede ser verdad algo que no sirve para nada» (1975, 248).

La «especulación en el vacío» y la «construcción ajena a lo jurídico» (L. Prieto Sanchís, 1987, 592), sirven muchas veces de coartada para la elusión del planteamiento filosófico. No debemos olvidar que, como señala J. R. Capella, «el derecho es un instrumento de poder político cuyo funcionamiento convierte en agentes suyos a sus operadores «técnicos» debido a que exige la adopción de decisiones de individualización y concreción por los juristas de las normas dictadas por el aparato jurídico político» (1985, 24). Por ello, la filodoxía necesita en última instancia una conexión con la filosofía. Es en la toma de conciencia de la falsificación que subyace en la filodoxía donde el pensamiento de la filosofía se hace crítico respecto de la validez, pretendidamente absoluta, del planteamiento filodóxico. Como acertadamente señala G. Bueno (1995, 70), toda filosofía crítica, según su propio concepto, no puede menos que proponerse como objetivo inmediato la trituración de los mitos oscurantistas que acompañan a las otras formas de filosofía –o, en este caso, a la filodoxía–. Aceptar sin más esta validez se convierte en una burda maniobra ideológica encubierta con la necesidad de asepsia que precisa el ejercicio de los afanados juristas. Por el contrario, traigamos a nuestro cauce a Horkheimer (1970, 36y ss.), el reconocimiento de las categorías que dominan la vida social debe conducir a la posibilidad de condenar esa vida social. Aunque la filosofía carece de la receta que permita sustraerse al hecho de lo existente, acaso sea posible que se imponga lo justo como resultado del conocimiento de lo falso.

### III. POR EL CAMINO DE LA ALETHEIA

Hasta aquí hemos visto cómo la filodoxía se caracteriza esencialmente por dos notas. En primer lugar, la filodoxía está íntimamente conectada con la práctica jurídica por cuanto articula y hace inteligible el discurrir de la ciencia del derecho, de la dogmática. Al ser su meta el logro de operatividad de los conceptos manejados por los juristas la filodoxía tiene, *ab initio*,

una predeterminación funcional y utilitaria. En segundo lugar, la filodoxía se sirve exclusivamente del punto de vista interno, emic. Todos los enunciados que se derivan del análisis filodóxico presuponen la adopción de la perspectiva del participante en el rito –están formulados desde la creencia–. Veamos ahora cómo la filosofía del derecho invierte estas características.

La filosofía carece de predeterminación funcional. En palabras de Th. Viehweg, «la investigación filosófica (*investigatio philosophica*) es aquella que no sólo permite sino que exige el cuestionar ilimitado y radical» (1985, 25). Por ello, la filosofía, constitutivamente, es una disciplina atea. Sólo cuando surge un modo de pensar que sustituye los principios de fe por modelos de conocimiento puede hablarse en propiedad de filosofía. La indagación sobre la realidad no puede tener predeterminación dogmática alguna. De forma paralela, la filosofía del derecho –lleva aquí razón F. González Vicén (1979, 210 y ss.)– tiene su punto de partida en la desvinculación de los dogmas hierocráticos que durante siglos habían atenazado la reflexión sobre el derecho en el occidente europeo. La interrogación filosófica, dice acertadamente C. Castoriadis, «no se detiene ante un postulado último que nunca pueda ser puesto en cuestión» (1988, 160). Muy al contrario, habíamos visto cómo la filodoxía presenta una desconfianza patológica de cualquier forma de examen crítico que cuestione las bases del análisis tradicional que, por definición, produce estabilidad. La verdad, no la utilidad, es el criterio que guía la investigación filosófica. En este sentido decía Popper que, para la filosofía, «los únicos fines intelectualmente importantes son: la formulación de problemas, la propuesta tentativa de teorías para resolverlos; y la discusión crítica de las teorías en competición. La discusión crítica enjuicia las teorías propuestas en términos de su valor intelectual o racional como solución al problema bajo consideración, como también en lo que respecta a su verdad o a su acercamiento a la verdad» (K. Popper, 1993, 31). La filosofía tiene desde sus inicios una clara vocación verediciente. En palabras de un inspirado Ortega, «la filosofía es un enorme apetito de transparencia y una resuelta voluntad de mediodía» (T.VII, 342). Esto no quiere decir que propugnemos, por utilizar la categorización de G. Bueno (1972, 235 y ss.), una implantación gnóstica de la filosofía. Muy al contrario, por el hecho de defender una filosofía inmersa en el presente, con su consiguiente implantación política, hemos de postular la ausencia de predeterminación funcional. No todo lo que suplanta la realidad es inútil. La doctrina absoluta que está en la base de la filodoxía resulta, de hecho, de gran utilidad. Sin embargo, la labor de la filosofía estriba en desenmascarar y restablecer la perspectiva de la verdad, aunque con ello se enerve la función utilitaria de la impostura filodóxica. La filosofía, al igual que la filodoxía, se construye sobre la experiencia jurídica (Pérez Luño, 1988, 111), pero en

ningún caso debe tener como fin colaborar en la construcción de la misma. Sólo de un modo oblicuo e incidental lleva razón Prieto Sanchís al afirmar que la labor del teórico versa sobre el derecho y, al mismo tiempo, forma parte del propio derecho (1987, 594).

Si el derecho es *creencia*, la filosofía del derecho debe estar formada por *ideas* que pongan de manifiesto ese carácter de creencia y extirpen la cotidianidad de la sólita obediencia. El filósofo, por definición, es *descreído*. En efecto, la filosofía del derecho surge siempre ante la duda, ante el hueco que suscita el mero ser consciente de la creencia en que consiste el derecho. El conocimiento, tanto en la Filosofía como en la Ciencia, tiene como presupuesto la duda. La aspiración a *estar* en lo cierto tiene como servidumbre el continuo estar en la duda. Ahora bien, si el derecho es creencia no habrá nada tan disolvente como la filosofía del derecho –lo mismo podríamos decir de la religión y la filosofía de la religión–. La tarea de la filosofía del derecho es cuestionar la creencia, abrirle un escotillón a través del cual poder entrever su origen y los elementos ideales que lo conforman.

Conste que al afirmar que el derecho es creencia lo estamos transformando en Idea. El solo pensar sobre el fenómeno del derecho como algo distinto a la realidad que nos envuelve transforma la creencia que es en teoría que nosotros postulamos. Al decir que el derecho es creencia, al reflexionar sobre la significación que esto implica, estamos intentando abolir su condición de tal o al menos sembrar dudas acerca su solidez. La creencia en que consiste el derecho no es más que tradición que la filosofía del derecho debe desenmascarar, devolver a su primitivo estatus de idea sólo reificada tras la imposición de fuerzas sociales dominantes.

El mal, decía Condorcet –haciendo suya la vieja idea de Spinoza–, procede de la escisión del género humano en dos clases: la de los hombres que creen y la de los hombres que razonan. La función de la filosofía, y en el caso que nos ocupa, de la filosofía del derecho, es precisamente la de enfrentarse a las creencias, la de sembrar el germen que da lugar a la duda y nos «libera de la tiranía de la costumbre» (B. Russell, 1992, 132). La filodoxía no tiene lugar para la duda, pues se basa en la «ciega adhesión a nociones gastadas» (I. Berlin, 1983, 42); la filosofía, por contra, se alimenta de ella. La caracterización que K. Popper hace de la función de la filosofía es pertinente a este respecto, siempre y cuando hagamos una pequeña salvedad que consiste en atribuir al grupo lo que el filósofo inglés vincula puramente al individuo. Popper explica el papel crítico que desempeña la filosofía partiendo de la idea de que todo el mundo tiene una determinada precomprensión, unos «prejuicios» filosóficos respecto de los cuales no plantea el individuo cuestión alguna. Son ideas preconcebidas que operan de base inicial para examinar las cuestiones de las que se ocupa. Y por eso,

porque sirven para enjuiciar, no son sometidas a juicio alguno; porque son sustento de la crítica, ellas mismas son acríicas. En palabras de Popper, la actividad intelectual del hombre se fundamenta en ideas que «inconscientemente se dan por sentadas, o que [el individuo] ha absorbido del ambiente intelectual o de la tradición» (1979, 64). Como certeramente señalan A. Ayer y A. Naess, «la filosofía es una actividad consistente en la puesta en tela de juicio de las creencias aceptadas, tratando de encontrar criterios y de evaluarlos; tratando de sacar a la luz las hipótesis que subyacen en el pensamiento, tanto el de índole científica como ordinaria y vulgar» (1981, 17).

No obstante, la dimensión utilitaria que es característica de la filodoxía ha sido tradicionalmente referida a la filosofía (J. Delgado Pinto, 1975, 41). «Una de las principales justificaciones de cualquier tipo de aventura intelectual, ha podido decir F. J. Ansuátegui, viene determinada por su utilidad» (1995, 181). Si esto fuese así, la filosofía del derecho debería proibirse. La utilidad de una reflexión sólo se mide en función de su aplicación práctica y, en este sentido, la filosofía del derecho presenta una manifiesta inutilidad. Porque una cosa es que un determinado tipo de reflexión contribuya al esclarecimiento de ciertas cuestiones y que, por tanto, se justifique dicha especulación, y cosa muy otra es que esa investigación tenga una utilidad práctica, orientada funcionalmente a la consecución de un fin productivo. De hecho, las muestras aducidas de la supuesta utilidad de la filosofía son siempre manifestaciones del pensar filodóxico. Así, tanto R. M. Hare —cuando establece la pertinencia del conocimiento de los procedimientos lógicos y de argumentación por parte de los legisladores (1989, 2)—, como C. S. Nino —cuando refiere la influencia de los trabajos académicos en la práctica jurisprudencial (1993, 91 y ss.)—, están en realidad hablando de la utilidad que presenta el conocimiento proporcionado por la filodoxía. La realidad, si bien no es siempre racional —lo contrario fue maliciado por la derecha hegeliana tergiversando el *dictum* de su maestro—, sí representa un implacable tribunal de las ideas. En este sentido, los que opinan que la filosofía del derecho es un conocimiento útil e indispensable para la preparación del jurista deberían echar un vistazo a cualquier temario de oposiciones para el ingreso en la función pública y constatar la completa ausencia de algo que se asemeje a la «totalización trascendental crítica» (G. Bueno, 1970, 113) o «totalidad abarcante», en palabras de K. Jaspers, que se predica del saber filosófico. Pensar que la filosofía del derecho es un instrumento indispensable para la formación práctica del jurista es incurrir en un platonismo jurisprudente. J. Austin, en su conocido opúsculo *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, defendía la necesidad de introducir conocimientos derivados de la ciencia de la legislación —vale decir filosofía del derecho— en la formación de los jurisperitos que desempeñaren funciones

prácticas para que, de este modo, se evitasen «leyes injustas e imperfectas» (1981, 71). No sabemos hasta qué punto este *desideratum* obedecía a la necesidad de justificar su acceso a la cátedra de *Jurisprudence* o a una cierta candidez, pero lo cierto es que al segundo año de haber iniciado su labor docente Austin tuvo que renunciar a su cargo por falta de alumnos. Sólo cuando cae desde la impresionante altura de la realidad cobra el idealismo conciencia de sus dislates.

En contra de lo señalado por J.-L. Gardiés, consideramos falso que sea «casi imposible imaginar una sociedad provista de un derecho que no posea al mismo tiempo una filosofía del derecho, e igualmente casi imposible imaginar un jurista que no sea al propio tiempo filósofo del derecho, a menos que esa sociedad o este jurista pretendan desviar deliberadamente su atención de los problemas que de modo inevitable les plantea su actividad cotidiana. Dado que ningún jurista tiene la posibilidad de escapar, de modo duradero, a una toma de posición metajurídica, dado que la filosofía del derecho no puede dejar de existir y manifestarse, al menos a partir del momento en que surge y se hace presente el mismo derecho, no cabe realmente otra actitud razonable para el jurista que la de hacer lo más honestamente posible aquello que no tiene libertad de no hacer» (1962, 118). De modo muy similar, señala J. Parain-Vial que más vale que los juristas hagan conscientemente filosofía, en lugar de hacerla inconscientemente, ya que su trabajo teórico y su experiencia práctica, de modo inevitable, les llevará a hacerla» (1962, 144). Vayamos por partes. En primer lugar, se confunde operación ideológica con práctica filosófica. Si sustituyésemos en los textos anteriores el término *filosofía* por *ideología* nada habría que objetar. Hoy parece fuera de toda duda que la actividad jurídica presupone siempre una toma de postura ideológica y que, en sí misma, es ideología. El jurista es un operador político en tanto que operador jurídico (F. J. Ansuátegui, 1995, 178) hasta el punto de que la *iuris-dictio* es más bien *iuris-facio*. Como certeramente señala L. Ferrajoli, «también aquellos jueces que sostienen que la función judicial “debe” ser apolítica, hacen política en el ejercicio de sus funciones, consciente o inconscientemente; y por lo tanto, el compromiso deontológico de la apoliticidad del juez es, en realidad, un postulado “ideológico” detrás del cual se esconde una determinada política de la justicia» (1973, 106). En este sentido, sí es cierto que el jurista es necesariamente ideólogo y, dado que esto es así, conviene que al menos sea consciente de que su quehacer no es una cirugía incontaminada. Ahora bien, si en realidad los autores no se refieren a la ideología, sino a la filosofía en sentido estricto, entonces lo dicho por ellos carece de sentido. El jurista no sólo no tiene por qué realizar una reflexión filosófica sobre su actividad, sino que su propia condición de jurista le impide actuar al tiempo como filósofo del dere-

cho. Podrá, ciertamente, desvincularse de su saber togado y acometer la azacanada reflexión filosófica, pero no porque «no tenga libertad de no hacerlo», menos aún porque su profesión vaya ligada intrínsecamente a la especulación característica de la filosofía –tal mantiene Legaz Lacambra cuando habla de la «ineludibilidad» para la formación del jurista de una «reflexión en el nivel más alto y distante de los temas que por de pronto abordan a través de su ciencia» (1975, 136). Jurisprudencia y filosofía no son labores complementarias, sino, las más de las veces, excluyentes. La filosofía implica, en última instancia, cuestionamiento radical de los principios de obediencia de todo sistema. Y el jurista –que no en vano es experto en el manejo de la *dogmática* jurídica– precisa partir de la indubitada obediencia a la norma: en eso radican su profesión y su coartada. Obediencia como cuestión u obediencia como dato. Esa es la alternativa que tenemos en presencia. Un jurista puede hacer filosofía, pero no hay juristas-filósofos. Al igual que acontece con los teólogos de la liberación –que cuando hacen teología no liberan y cuando liberan no hacen teología– el jurista filósofo es figura inédita y contradictoria.

Si la actitud filosófica fuera extendida a la práctica del jurista y a la vida cotidiana del ciudadano la operatividad del derecho se vería seriamente comprometida. Con la visión filosófica del derecho pasa algo muy similar a lo que acontece con la imagen que del mundo, según la divertidísima versión de Eddington, tiene la física: «Estoy en el umbral de la puerta, a punto de entrar en mi cuarto. Lo cual es una empresa complicada. En primer lugar tengo que luchar contra la atmósfera que pesa con una fuerza de un kilogramo sobre cada centímetro de mi cuerpo. Además debo procurar aterrizar en una tabla que gira alrededor del sol con una velocidad de 30 kilómetros por segundo; sólo un retraso de una fracción de segundo y la tabla se habrá alejado kilómetros. Y semejante obra de arte ha de ser llevada a cabo mientras estoy colgado, en un planeta en forma de bola, con la cabeza hacia fuera, hacia el espacio, a la par que por todos los poros de mi cuerpo sopla un viento etéreo a sabe dios cuánta velocidad. Tampoco la tabla tiene una sustancia firme. Pisar sobre ella es como pisar sobre un enjambre de moscas. ¿No acabaré por caerme? No, porque si me atrevo y piso, una de las moscas me alcanzará y me dará un empujón hacia arriba; caigo otra vez y me empuja hacia arriba y así sucesivamente. Puedo por tanto esperar que el resultado total sea mi permanencia siempre aproximadamente a la misma altura. Pero si por desgracia y a pesar de todo cayese al suelo o fuese empujado con tanta fuerza que volase hasta el techo, semejante accidente no sería lesión alguna de las leyes naturales, sino una coincidencia extraordinariamente improbable de casualidades. Cierto es que es más fácil que un camello pase por el ojo de una aguja que un físico traspase el umbral de una

puerta. Tal vez fuera más prudente acomodarse a no ser más que un hombre corriente, entrando simplemente por una puerta, en lugar de esperar a que se hayan resuelto todas las dificultades que van unidas a una entrada por entero libre de objeciones». De la misma forma, la descarnada y descreída visión filosófica no puede ser extendida a la experiencia cotidiana que del derecho los hombres tienen.

Por otra parte, es precisamente la inutilidad la que puede dar cuenta de la intención crítica de la filosofía. Si hemos de dar algún crédito a eso que parece delinear los contornos de la filosofía del derecho a fin de tamizar la arena que enrarece la cal de la expresión «espíritu crítico» debemos partir de la consideración de la filosofía como conocimiento inútil, enfrentado a la concepción práctica y funcional que parece dirigir la actividad jurídica. En efecto, es un lugar común apreciar la dimensión crítica de la filosofía en general y de la filosofía del derecho en particular: «Mientras los hombres nos conformemos con lo dado donde pudiéramos asumir las riendas, sigue teniendo la filosofía la función crítica y liberadora que, por su mismo *status* epistemológico, no pueden asumir las ciencias» (A. Cortina, 1990, 31); «La filosofía tiene fundamentalmente una función y se justificará de hecho si la cumple: se trata de la crítica» (Laporta, Hierro, Zapatero, 1975, 118); «El único papel que (...) puede desempeñar en las facultades de derecho es ser estímulo y conciencia crítica del Derecho y del saber dogmático (...) No parece discutirse que la función de la signatura es contribuir a formar un jurista capaz de abrir su mente más allá de la normatividad empírica, atento a los intereses y valores sociales implicados en el derecho, en definitiva, consciente de la técnica que domina» (Prieto, 1987, 592-596); «La filosofía del Derecho se ocupa de plantear, discutir y resolver críticamente el problema de la justificación del derecho» (R. Maciá, 1975, 206). En idéntico sentido dice E. Díaz (1975, 50) que la Filosofía del Derecho se constituye «como una teoría crítica del Derecho y una teoría crítica de la justicia: una teoría crítica de los sistemas de legalidad y una teoría crítica de los sistemas de legitimidad». Es una incongruencia reclamar para la filosofía un papel fundamental en la educación universitaria y, al mismo tiempo, partir de una concepción utilitaria de la misma. Si bien es verdad que «mientras que para la producción de leguleyos, jurisperitos y rúbulas puede, perfectamente, omitirse toda referencia a la consideración crítico valorativa que la perspectiva filosófica de los problemas jurídicos comporta» (Pérez Luño, 1982, 90), no es menos cierto que esa consideración crítica debe enfrentarse a la servidumbre práctica que —muchas veces para rescatar a la filosofía del ostracismo académico— se intenta hacer propia de una actividad filosófica «preparada para los nuevos tiempos». Si queremos evitar la formación «de un técnico operativo y acrítico capaz de utilizar las normas a la perfección,

pero ignorante de las implicaciones sociales y políticas de su labor» (Prieto Sanchís, 1987, 595) debemos afirmar sin ambages la vocación de inutilidad de la filosofía. No olvidemos que la filosofía propende a la superficialidad; esto es, a sacar a la superficie lo que antes estaba soterrado y operando sólo de manera latente. Y esto casi siempre entorpece la consideración utilitaria que subyace en la creencia jurídica. Extirpar la creencia en las cosas que parecen más seguras produce las más de las veces un efecto disfuncional al que la filosofía no puede renunciar.

En el ámbito filosófico el término *crítica*, aunque no tiene inicialmente la significación propia del lenguaje vulgar, ya que se trata de separar y sistematizar más que de deshacer un error o denunciar una insuficiencia (M. Miaille, 1980, 18), tiene que acoger de algún modo esta significación. Si bien la crítica, considerada en su estructura lógica, se constituye como una operación que tiene que ver con la clasificación, en tanto incluye la discriminación, la distinción y la comparación (G. Bueno, 1995, 43) —y en este caso la crítica es parte de la labor ontológica—, no puede evitar que, en última instancia, la síntesis y la sistematización a que da lugar no se produzcan en el vacío y, por tanto, en el desarrollo de su actividad, la crítica siempre conduce a un enfrentamiento con el fenómeno que disecciona —y en este caso la crítica equivale a una labor axiológica—. La realidad, antes del análisis filosófico, se nos presenta como un hecho bruto, y el mero proceder filosófico consistente en aportar criterios donde no había sino ciego seguimiento redundante en la dimensión crítica, en el sentido coloquial del término. No debemos olvidar que, casi con toda probabilidad, la reflexión filosófica acerca del derecho surgió de la oposición frontal al poder.

En efecto, el surgimiento de la filosofía del derecho podría imaginarse mediante la *situación del desobediente*. Apuntemos la posible escena de modo esquemático. Una sociedad se rige por los designios incuestionados de una persona que basa su autoridad bien en una capacidad especial, bien en algún rasgo de gracia mística, bien por la perpetuación de una estirpe de mando. De pronto, al establecer la autoridad alguna orden que se extralimita del uso acostumbrado —una orden ab-usiva— alguien se plantea el porqué de la vinculación entre la orden y la obediencia que se supone correlativa. Esto es, critica el fundamento del poder y cuestiona su obediencia. No resulta arriesgado aventurar que nuestro díscolo personaje, acto seguido, cae abatido por la mano que representa al orden. Como acontece en casi todos los aspectos de la experiencia humana, la filosofía del derecho tiene una génesis trágica. La filosofía del derecho, entonces, no sólo es saber secundario por ir referido a saberes previos, sino que también es saber *secundario* por cuanto el primer filósofo del derecho vivió como tal unos pocos segundos. Tenemos así planteado el problema fundamental de la filosofía del de-

recho, que no es otro que el del cuestionamiento de la obediencia o, lo que es lo mismo –bien que *sensu contrario*–, el del cuestionamiento crítico de la obligatoriedad. En esta misma línea, la obra de Soper (1993) – maltratada, por cierto, por una pésima traducción tan sólo superada por el desastroso cuidado editorial con que se nos presenta–, muestra una sugerente vinculación entre filosofía del Derecho e idea de obligatoriedad como concepto clave para elucidar lo que la primera sea.

Ya sabemos que, desde sus orígenes, la filosofía surge como un pensamiento enfrentado a la opinión dominante: a aquella cuyo fundamento es indiscutido por cuanto se ve respaldado por el peso de la tradición. Por ello, la filosofía es, constitutivamente, un pensar beligerante y revoltoso. Como apunta G. Bueno, una filosofía crítica no es una alternativa que se presente entre otras varias alternativas posibles, ofreciéndose en actitud tolerante al gusto del público, «sino que es una alternativa *que se ofrece contra las otras*» (1995, 71). En esta misma línea dice Gil Cremades (1975, 70) que toda filosofía debe ser, en primer lugar, provocativa y, en segundo lugar, desinteresada. En efecto, la filosofía no tiene un interés en que las cosas sean de determinada manera. Ahora bien, desinterés no significa indiferencia. Más bien todo lo contrario. Precisamente porque entendemos la filosofía en clara conexión con la praxis, la filosofía no puede confundir la negación ideal de una realidad con la negación de la existencia de esa realidad. La praxis necesita conocer las determinaciones de hecho que constituyen la realidad. Desinterés es, entonces, sinónimo de predisposición intelectual para mejorar e incluso revolucionar nuestro saber sobre las cosas. Nada debe impedir que en esa búsqueda podamos toparnos con ciertas conclusiones que conmuevan las creencias más íntimas sobre las que se asienta la convivencia social. El desinterés por encontrar algo concreto en el derecho –con la posibilidad de encontrar algo desazonante– es la causa de la ausencia de predeterminación funcional de la filosofía que venimos tratando. Esto es, el desinterés es la actitud que preside la inutilidad potencial de la filosofía del derecho. La prevención de A. Koestler (1967) respecto del comunitarismo es perfectamente trasladable al funcionalismo filodóxico «Yo siempre he insistido en que los impulsos egoístas del hombre constituyen un peligro histórico mucho menor que sus tendencias integradoras. Para decirlo de la manera más sencilla: el individuo que incurre en un exceso de autoafirmación agresiva es castigado por la sociedad, se proscribe a sí mismo, se elimina de la jerarquía. El verdadero creyente, por otra parte, queda más íntimamente enlazado a ella: entra en el seno de su iglesia, o del partido, o del conjunto social que sea, y rinde a ella su identidad».

La función de ingeniería social que desarrolla el jurista no sólo no encuentra, sino que no puede encontrar utilidad alguna en el estudio filosófi-

co, pues diferentes son las directrices que guían el quehacer de los juristas, que son por definición preservadores del orden –como *militia legum*, trasunto jurídico de la *militia armata* de todo Estado– y el de los filósofos, que a su vez son reacios al mantenimiento de todo orden que se sustente simplemente por ostentar cualidad de tal. En este sentido lleva razón I. Berlin al caracterizar la filosofía como actividad «socialmente peligrosa, intelectualmente difícil, a menudo dolorosa e ingrata, pero siempre importante» (1983, 42). El ser inútil –el no tener como meta resolver ningún problema práctico– es precisamente la utilidad que ha de darse a la filosofía. En cuanto el filósofo tiene en su horizonte el adoctrinamiento, la «preparación para la vida» o, *more* Boecio, la consolación de los infortunios, se convierte automáticamente en cómplice de lo estatuido. Porque la doctrina, la vida y el infortunio no precisan de vates, sino debates. La crítica filosófica no puede constituir ni una ideología de reconciliación con el presente ni una condenación apocalíptica o ética de lo existente (G. Bueno, 1995, 48). De ahí que, en contra del programa que defiende Legaz Lacambra, y que pasa por «hacer una Filosofía Jurídica que sea *atractiva* para los juristas» (1975, 136), defendamos la necesidad de hacer un filosofía jurídica, si no *desagradable*, sí, al menos, reacia a la lisonja. De lo contrario estamos condenando a la filosofía del derecho a convertirse en una filosofía de la ley como depósito inagotable de la certeza teórica imprescindible para los juristas. El paso de filósofo a «apologeta bien cebado» (J. R. Capella, 1995, 175) es pequeño y, digámoslo con –y como– Martín Fierro, hay que vivir *advertió pa* no pisar el palito, hay pájaros que, solitos, se entrampan por *presumíos*.

La filosofía, además de una total ausencia de predeterminación funcional –y por ello– precisa de una formulación étic. En esto sí concuerdan ciencia y filosofía. Las instituciones que el hombre construye tienen una función material que no se puede desentrañar desde el universo simbólico que la propia institución crea. Toda institución, como ha sabido ver J. R. Searle, se constituye a partir de reglas constitutivas que crean realidades a partir de la imposición de un estatus al que se vincula una función por medio de la intencionalidad colectiva (1997, 61). Ahora bien, por el mero hecho de que nos educamos en una cultura en la que se da por sentada la institución no somos conscientes de su verdadera ontología. Es más, en multitud de ocasiones la función que desempeña la institución no sólo no es perceptible rectamente desde los parámetros que nos brinda el desenvolvimiento de las reglas constitutivas creadas por la institución, sino que la imposición de la función, para que efectivamente lo sea, debe ser mal interpretada. Según vimos al estudiar el planteamiento filodóxico, este es el caso de la creencia jurídica. Esta es la razón por la que la filosofía debe incorporar los planteamientos propios de la sociología y asumir un punto de vista externo a la pro-

pia práctica que intenta explicar. Para comprender las componentes básicas del proceder económico en el sistema capitalista Marx tuvo que observar los mecanismos que regían las relaciones de producción obviando los conceptos regulativos que las explicaban institucionalmente. Los trabajadores, dirá Marx, dan fuerza a cambio de dinero y, al tiempo, producen más con su fuerza de lo que reciben a cambio. Con eso se explican los fenómenos de la explotación y de la plusvalía. Si nos atuviésemos a un análisis interno de la institución del contrato laboral la realidad de las relaciones que genera no podrían ser percibidas con corrección. Desde luego, la explicación institucional es más que suficiente para dotar de sentido la actividad del trabajador –es filodóxicamente correcta–, sin embargo, no constituye una respuesta filosófica por lo que tiene de impostura y de falsa conciencia. En concreto, Marx hablaba de fetichismo de la mercancía para referirse al espejismo que producía el interpretar la relación laboral como una relación entre una persona y una cosa, en vez de una relación de explotación entre dos personas. El filósofo del derecho, siguiendo el ejemplo de Marx, no puede contentarse con explicaciones que redunden en un fetichismo de la norma.

En este sentido –sólo en este sentido– el filósofo del derecho ha de ser profano en materia jurídica. Profano es aquél que se encuentra fuera del templo –*fanum*–, en el exterior del espacio consagrado; y no es ésta una significación locativa, sino que implica siempre una actitud consciente. El profano está fuera del templo bien porque alguien le impide disfrutar de los supuestos bienes que allí se dispensan, bien porque el sujeto en cuestión se abstiene de entrar al considerar que, en efecto, los bienes ofrecidos eran sólo supuestos. En el primer caso, al profano se le margina, en el segundo, es el profano quien opta por esa catalogación; pero, en cualquiera de ambas situaciones, el profano permanece fuera mediante una práctica consciente. Postergación o extrañamiento. Estas son las dos situaciones que caracterizan al filósofo del derecho cuando afronta la contemplación del templo jurídico.

La primera de ellas es de sobras conocida y, como quiera que no depende de la actitud del filósofo agente sino de la reacción de la sociedad hacia él, no interesa entrar en la cuestión. Baste con recordar el general desprecio con que el gremio de juristas acoge las consideraciones filosóficas acerca de su actividad. Apunta Bobbio –intentando exonerar al jurista de cierta desidia antifilosófica– que no es que el jurista sea hostil a la filosofía del derecho, sino que «en general es hostil a la filosofía del derecho que no comprende y de la que no entresaca utilidad» (1962, 10). Claro que si tenemos en cuenta que, con frecuencia, el jurista no comprende la filosofía del derecho y que, cuando lo hace, no saca de ello provecho alguno, el rechazo es absolutamente generalizado. A lo sumo se adopta un comprensivo paterna-

lismo con la opinión marginal, aunque las más de las veces la opinión filosófica es tenida por sinónimo de especulación inútil por cuanto teórica, atrevida por cuanto indocumentada e impertinente por cuanto extraña al mundo propiamente jurídico. A este respecto el filósofo del derecho es considerado profano en el sentido de ser persona *lega* –palabra que curiosamente comparte idéntico origen y trayecto: *lego* proviene de *laico* y dio en significar «desconocedor de algo»–, neófito en asuntos jurídicos. Al filósofo del derecho sólo le es permitida la entrada al templo con carácter de visita turística.

La segunda situación, que es la que aquí nos atañe, es la que incumbe a la actitud del filósofo que *motu proprio* se mantiene ante el edificio del derecho sin traspasar su propileo. Precisemos desde ahora que no es esta una posibilidad que un filósofo pueda elegir. El filósofo del derecho, si en verdad lo es, debe adoptar esta actitud. Esto no quiere decir que aquél que se sitúa fuera de los muros del templo deba ignorar lo que acontece tras ellos. Muy al contrario, por el hecho de haberlos traspasado alguna vez y haber conocido los ritos y ceremonias que allí se celebran se torna imprescindible la externa situación. Este viaje al interior del templo jurídico es completamente indispensable. Ya dijimos que la filosofía era siempre saber de segundo grado por cuanto presupone y trabaja sobre unos saberes previos. Asimismo, también nos consta la integración de la perspectiva emic dentro de la totalización etic propia de la filosofía. Como indica L. Prieto (1987, 597), para evitar que la filosofía se convierta en un cuerpo extraño en el marco de la cultura moderna y particularmente en las facultades de Derecho, sin duda deberá ofrecer algo distinto de la llamada ciencia del derecho, pero no contradictorio con ella –en el sentido de ser una especulación al margen de la realidad–. Conviene subrayar, por ello, que el carácter profano de la filosofía que aquí mantenemos no tiene que ver con la figura del filósofo que Platón delineó en la llamada «digresión del *Teeteto*» y que consistía en propugnar el alejamiento del filósofo del ágora, de la plaza pública, de los lugares en los que se sustancia la vida política y jurídica de la *polis*. La filosofía del derecho tiene en el material jurídico tanto su objeto de crítica como su punto de partida. Ahora bien, siguiendo en esto a A. Kaufmann (1992, 27), si en la filosofía del derecho al jurista le compete plantear las interrogantes, en tanto que al filósofo le concierne encontrar las respuestas, no es menos cierto que las interrogantes se plantean dentro del templo y las respuestas se encuentran fuera de él. En cualquier caso, ambas situaciones se integran en la totalidad filosófica. Por ello, la dicotomía que establece Bobbio (1962, 5) entre la filosofía del derecho escrita por filósofos y la filosofía del derecho escrita por juristas –es decir, entre filósofos juristas y juristas filósofos– no es, en primer lugar, pertinente y, caso de que lo

fuera, la prelación que Bobbio establece estipulando la superioridad explicativa de la filosofía del derecho realizada por juristas no parece correcta.

En efecto, la división entre la pura especulación racionalista que aplica modelos filosóficos prescindiendo del conocimiento positivo del derecho y el estudio empírico del material jurídico no puede ser una disyuntiva (Pérez Luño, 1988, 107). El filósofo del derecho ha de partir del conocimiento ya no tanto del contenido de un ordenamiento específico –aunque también–, sino del conocimiento de la concreta práctica social que supone vivir en un contorno jurídico. Ahora bien, ese conocimiento básico propio del punto de vista interno no es suficiente para lograr una genuina percepción filosófica. Al igual que acontece con la teoría antropológica, que se ve obligada a adentrarse en una práctica social a través de la información de los participantes con el objeto de reelaborar luego una explicación del fenómeno ajena a los mismos, el filósofo del derecho precisa alejarse de la significación primera que el orden jurídico despierta en la sociedad para reinterpretarla en términos que describan de modo cierto esa realidad. La filosofía del derecho, acierta al decir L. Prieto, es «una disciplina desintoxicadora de los estudios jurídicos» (Prieto Sanchís, 1987, 595). La filosofía del derecho, en cuanto se preocupa principalmente del problema ontológico, procura siempre una posición de extrañamiento y trata de cuestiones externas al ordenamiento; esto es, de cuestiones que afectan y ponen en entredicho al propio marco jurídico sistemático con el que opera. La misión del filósofo es la de pro-fanar el derecho, esto es, ha de sacar las reliquias del templo, expulsar a los predicadores y juzgar los sermones sin el contagio que supone la contemplación de todo ello dentro del recinto sagrado. Para discutir de religión no se puede ir a un concilio, hay que concertar una reunión en un terreno neutral. Si nos adentramos en el estudio del derecho desde una sede interna corremos el riesgo de ser atrapados por la *vis atractiva* de las normas cuando se convierten en dogmas –este es el fetichismo normativo al que nos referíamos–, algo que inevitablemente ocurre en este tipo de contemplación. Los dogmas son normas cuyo carácter vinculante es admitido porque van tácitamente sobreentendidas en otras normas cuya validez ha sido ya reconocida. Como decía Kant al inicio de su *Crítica de la Razón pura*, el procedimiento dogmático opera sin crítica previa de su propia capacidad. Todo tratadista de una disciplina dogmática parte de presupuestos que acepta como verdaderos sin previo examen, pensando a partir de los datos que le son dados (*ex datis*). No se plantea lo que el derecho es en su último fundamento, ni en qué circunstancias es posible el conocimiento jurídico (A. Kaufmann, 1992, 27). Por utilizar la terminología de Bacon, el método dogmático propio de la filodoxía utiliza *notiones vulgares* o *praenotiones*; esto es, se alimenta de *idola*, de una especie de fantasmas que, siguiendo a

Durkheim, desfiguran el aspecto de las cosas y que, sin embargo, tomamos por las cosas mismas (1995, 72). De esta forma, apunta H. Kantorowicz, se forma un cuerpo de normas cuya coherencia constituye su propia garantía (1964, 69). Y la coherencia no es otra cosa que la corrección formal en las relaciones entre normas cuya validez no se cuestiona. La argumentación propia de la dogmática es siempre inmanente al sistema, lo que supone dejar intangible y reforzado al sistema vigente. En otras palabras, cuando se está en el interior del templo, del *fanum*, el *pro-fanus* se transforma inconscientemente en *fana-ticus*, en alguien inspirado por el Dios que habita en el templo a él consagrado. Y la filosofía no puede aceptar jamás principio alguno que se manifieste como revelación.

Por otro lado, aún suponiendo que esta duplicidad de estudios fuese una alternativa posible en la filosofía del derecho, la preferencia que muestra Bobbio «hacia las obras de los juristas que se elevan a la filosofía más que hacia la de los filósofos que se rebajan hasta el mundo del derecho» (1962, 6) es injustificada. La perspectiva analítica que subyace en la tipología del jurista filósofo es sin duda necesaria para la ciencia jurídica y, sin embargo, resulta inoperante para la teoría filosófica del derecho en la que obligadamente se ha de acudir a una perspectiva sintética. Si no fuera así, la separación que realiza Bobbio entre una teoría del derecho encargada de indagar el concepto de derecho y una teoría de la ciencia jurídica que tiene como objeto la interpretación y aplicación de las normas carecería de sentido. Bastaría con establecer los procedimientos intelectuales adoptados por los juristas en el entendimiento del derecho para hallar, en la misma operación, el concepto de derecho.

La negación de la filosofía del derecho como aplicación de las categorías filosóficas al derecho –tal hace Bobbio reivindicando una cierta autonomía del pensamiento puramente jurídico– es una tendencia, muchas veces disfrazada de lucha realista y antimetafísica, cada vez más extendida y que conduce a la interdicción del punto de vista externo, *etic*, que aquí hemos asimilado a la perspectiva genuinamente filosófica. Dworkin es el mejor representante de esta corriente que ve en el punto de vista externo una ciega y despistada metodología inútil para cualquier juicio que tenga que ver con el derecho «real» –resulta paradójico que las teorías «internistas» acudan con tanta frecuencia al expediente de la realidad como criterio verificador del conocimiento cuando su base epistemológica está constituida en su mayor parte por la más absoluta idealidad–. El punto de vista externo es tomado por ocioso e inane pasatiempo: «La motivación [de la Teoría del derecho] para estudiar exclusivamente el comportamiento (...) es comparable al impulso que conduce a realizar crucigramas y rompecabezas» (Soper, 1993, 23). También Alexy en su interminable definición de lo que es dere-

cho reconoce abiertamente que está elaborada «desde la perspectiva del participante y es, por lo tanto, una definición jurídica del derecho» (1994, 123). *Sensu contrario*, toda aquella definición que se pretenda desde el punto de vista externo ya no será defectuosa, simplemente no será jurídica. Con la eliminación de la perspectiva externa la filosofía del derecho pierde su razón de ser y se consolida la absorción de la filosofía por parte de una filodoxía que proyecta su método más allá de sus límites específicos. A la filosofía lo que es de la *aletheia* y a la metodología lo que es de la *doxa*. Muy lejos de esta prorrata, las anteojeras del compromiso parecen guiar el rumbo actual de una filosofía del derecho que, en puridad, ha dejado de serlo.

La filosofía del derecho es, puede ser, otra cosa. Reivindiquémosla.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1994): El concepto y la validez del derecho. Barcelona, Gedisa.
- Ansuátegui Roig, F. J. (1995): «Sobre algunos rasgos caracterizadores de la Filosofía del Derecho». En: Anuario de Filosofía del Derecho, XII.
- Atienza, M. (1975): «Ontología del Derecho versus Metafísica del Derecho». En: La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 15.
- (1985): Introducción al derecho. Barcelona, Barcanova.
- Austin, J. (1981): Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Ayer, A. y Naess, A. (1981): «El vaso sobre la mesa: un empírico contra una visión total». En: F. Elder (ed.), La filosofía y los problemas actuales. Madrid, Fundamentos.
- Berlin, I. (1983): Conceptos y categorías (Ensayos filosóficos). Madrid, Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1960): *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino, Giappichelli.
- (1962): «*Nature et fonction de la Philosophie du droit*». En: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.
- (1980): Contribución a la filosofía del derecho. Valencia, Fernando Torres.
- Bueno, G. (1970): El papel de la filosofía en el conjunto del saber. Madrid, Ciencia Nueva.
- (1972): Ensayos materialistas. Madrid, Taurus.
- (1995): ¿Qué es la filosofía? Oviedo, Pentalfa.
- Bulygin, E. (1988): «¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?». En: Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo. R Vázquez (Ed.). Barcelona, Gedisa.
- Capella, J. R. (1975): «Sobre las perspectivas de la Filosofía del Derecho». En: La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 15.
- (1985): «La crisis actual de la enseñanza del derecho en España». En: La enseñanza del Derecho. Zaragoza, Seminario de profesores de la Facultad de Derecho.
- (1995): «Democratización y neonaturalismo». En: *Doxa*, nº 17-18.

- Castoriadis, C. (1998): El ascenso de la insignificancia. Madrid, Cátedra.
- Cerroni, U. (1978): Introducción a la Ciencia de la Sociedad. Barcelona, Grijalbo.
- Cortina, A. (1990): Ética sin moral. Madrid, Tecnos.
- Delgado Pinto, J. (1975): «Los problemas de la Filosofía del Derecho en la actualidad». En: La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 15.
- Díaz, E. (1975): «Legitimidad crítica y pluralismo ideológico». En: La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 15.
- Durkheim, E. (1995): Las reglas del método sociológico y otros escritos sobre filosofía de las ciencias sociales. Madrid, Alianza Editorial.
- Ferrajoli, L. «*Magistratura democratica e l'esercizio della funzione giuduzaiaria*». En: *L'uso alternativo del diritto*, vol. I, Roma-Bari.
- Fisher, L. y Werner, O.: «*Expaining Explanation: Tension in American Anthropology*». En: *Journal of Anthropological Research*, nº 34.
- Friedländer, P. (1989): Platón. Verdad del ser y realidad de vida.
- Friedman, L. M. (1994): «*Is there a Modern Legal Culture?*». En: *Ratio Iuris*, vol. 7, nº 2.
- García Amado, J. A. (1990): «Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho y su posible sentido actual». En: Anuario de Filosofía del Derecho, VII.
- (1994): «La Filosofía del Derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la teoría del Derecho como sucedáneo». En: *Persona y Derecho. El estatuto de la Teoría del Derecho*, Vol. I, nº 31.
- Gardies, J. L. (1962): «*Qu'este-ce que la Philosophie du Droit?* En: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.
- Gianformaggio, L. (1994): Estudios sobre Kelsen. México, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política.
- Gil Cremades, J. J. (1975): «Un futuro posible de la filosofía del derecho». En: La Filosofía del Derecho en España, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 15.
- (1985): «La Filosofía del derecho en España (1960-1985)». En: Anales de la Cátedra de Francisco Suárez, nº 25.
- González Vicén, F. (1979): «La Filosofía del Derecho como concepto histórico». En: Estudios de Filosofía del Derecho (1979). La Laguna, Universidad de La Laguna.
- Habermas, J. (1987): Teoría de la acción comunicativa (II vols.). Madrid, Taurus.
- Hare, R. M. (1989): «*The Role of Philosophers in the Legislative Process*». En: R. M. Hare, *Political Morality*. Oxford, Clarendon Press.
- Harris, J. W. (1980): *Legal Philosophies*. London, Butterworths.
- Harris, M. (1983): Introducción a la antropología general. Madrid, Alianza Editorial.
- (1985): El materialismo cultural. Madrid, Alianza Editorial.
- (1987): El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de las teorías de la cultura. Madrid, Siglo XXI.
- Hernández Marín, R. (1993): «Concepto de la Filosofía del Derecho». En: Anuario de Filosofía del Derecho, X.
- Horkheimer, M. (1970): Sobre el concepto de hombre. Buenos Aires, Editorial Sur.

- Hughes, G. (1974): «Validez y norma básica». En: Hans Kelsen (1881-1973). *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Chile, Valparaíso, n. 6.
- Kantorowicz, H. (1964): *La definición del derecho*. Madrid, *Revista de Occidente*.
- Kaufmann, A. (1992): «Filosofía del derecho, Teoría del derecho y Dogmática Jurídica». En: A. Kaufmann (et al.) *El pensamiento jurídico contemporáneo* (1992). Madrid, *Debate*.
- (1994): «En torno al conocimiento científico del derecho». En: *Persona y Derecho*, n° 3.
- Kelsen, H. (1982): *¿Qué es Justicia?* Barcelona, Ariel.
- Koestler, A. (1967): *The Ghost in the Machine*. New York, The Macmillan Company
- Laporta, F., Hierro, L. y Zapatero, V. (1975): «Algunas observaciones sobre la situación de la filosofía del derecho en la actualidad». En: *La Filosofía del Derecho en España*, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 15.
- Legaz Lacambra, L. (1962): «*Qu'este-ce que la Philosophie du Droit?*» En: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.
- (1975): «Problemas de la actual filosofía del derecho». En: *La Filosofía del Derecho en España*, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 15.
- López Calera, N. (1975): «Filosofía del Derecho: crítica y utopía». En: *La Filosofía del Derecho en España*, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 15.
- (1992): *Filosofía del Derecho*. Granada, Comares.
- Lynch, E. (1988): «El conocimiento falso». En: *Los cuadernos del norte*, n° 48.
- Maciá Manso, R. (1975): «Crítica del conocimiento filosófico-jurídico». En: *La Filosofía del Derecho en España*, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 15.
- Miaille, M. (1980): *Une introduction critique au Droit*. París, F. Masperó.
- Nino, C. S. (1993): *Algunos modelos metodológicos de la ciencia jurídica*. México, Fontamara.
- (1994): *Derecho y Moral. Una revisión de la Teoría General del Derecho*. Barcelona, Ariel.
- Russell, B. (1992): *Los problemas de la filosofía*. Barcelona, Labor.
- Ollero, A. (1975): «Una filosofía jurídica posible». En: *La Filosofía del Derecho en España*, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 15.
- Ortega y Gasset, J.: *Obras Completas (Tomo VII)*. Madrid, Ediciones de la *Revista de Occidente*.
- Parain Vial, J. (1962): «*Qu'este-ce que la Philosophie du Droit?*» En: *Archives de Philosophie du Droit*, 7.
- Pattaro, E. (1978): *Filosofia del Diritto. Scienza giuridica*. Bologna, CLUEB.
- Pérez Luño, A. E. (1982): «La filosofía del Derecho y la formación de los juristas». En: *Sistema*, n° 49.
- (1988): *Lecciones de Filosofía del derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*. Sevilla, Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Natural.
- Platón (1993): *La República*. Madrid, Espasa Calpe.
- Popper, K. (1979): «Cómo veo la filosofía». En: *La lechuza de Minerva. ¿Qué es filosofía?* Ch. Bontempo y S. Jack (comps.), Madrid, Cátedra.
- (1993): *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*. Madrid, Tecnos.

- Prieto Sanchís, L. (1987): «Un punto de vista sobre la filosofía del derecho». En: Anuario de Filosofía del derecho, IV.
- Robles, G. (1995): «¿Qué es la Teoría del Derecho?» En: Persona y Derecho, El estatuto de la Teoría del Derecho, Vol. II, nº 32.
- Russell, B. (1992): Los problemas de la filosofía. Barcelona, Labor.
- Saavedra, M. (1994): Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica. México, Fontamara.
- Sacristán, M. (1968): Sobre el lugar de la filosofía en los estudios superiores. Barcelona, Nova Terra.
- Searle, J. R. (1997): La construcción de la realidad social. Barcelona, Paidós.
- Soper, Ph. (1989): «*Legal Theory and the Claim of Authority*». En: *Philosophy & Public Affairs*, 18:3.
- (1993): Una Teoría del Derecho. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Vaihinger, H. (1968): *The Philosophy of As-If*. London. Routledge and Kegan Paul.
- Viehweg, Th. (1985): «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica». En: Tópica y Filosofía del Derecho. Barcelona, Gedisa.
- Weinberger, O. (1989): «*Les théories institutionnalistes du droit*». En: P. Amselek y Ch. Gregorczyk (dirs.), *Controversies autour de l'ontologie du droit*, París, PUF.



**DOXA 22 (1999)**

---