

# LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA ESPAÑA DE HOY

Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda

Universidad Complutense de Madrid

Hablar de la Filosofía del Derecho en la España actual entraña desde el primer momento afrontar la existencia de una polémica, y ello no tanto por la estructura temática atribuida a la misma, sino porque nos movemos en el ámbito de una cuestión que tiene resonancias históricas.

El problema no reside en la dificultad de otorgar una definición a la Filosofía del Derecho y a partir de ahí pronunciarse sobre su estructura temática, sino que más bien sucede lo contrario: según el contenido que se le asigna nos encontramos con distintas definiciones y desde luego con una cuestión fundamental, como es la relación entre el Derecho Natural y la Filosofía del Derecho.

Hay autores que han optado por una simplicidad en su definición<sup>1</sup>, en entender que la Filosofía del Derecho no cumple otra función que la de ser una Filosofía aplicada al Derecho, una reflexión filosófica sobre el Derecho, de manera que sus temas y sus problemas son los que nacen de la mencionada reflexión filosófica y que por lo tanto su significado viene determinado por el objeto sobre el que se aquélla se ejerce. En este contexto, la Filosofía del Derecho

---

<sup>1</sup> En tal sentido dice Javier Hervada que «la descripción de filosofía del derecho no es otra cosa que una aplicación de la descripción de la filosofía al caso concreto de la filosofía del derecho. Es la misma definición –la definición de filosofía–, poniendo como objeto particular el derecho. Así es como debe construirse a nuestro juicio la definición de la filosofía del derecho». JAVIER HERVADA, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Vol. I, *Teoría de la Justicia y del Derecho*, Eunsa, 3ª edición, Pamplona, oct. 1991, pág.31.

Por otra parte, el mismo autor nos señala «la renuencia de los tratadistas de filosofía jurídica a definirla» (*op. cit.*, pág. 28). Es decir, que aunque existan numerosas discusiones en torno al objeto de la Filosofía del Derecho, pocos se deciden a dar una definición sobre la misma.

Sobre ello dice Norberto Bobbio que «buscar una definición de filosofía del Derecho es una inútil pérdida de tiempo». NORBERTO BOBBIO, *Contribución a la teoría del Derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Ed. Fernando Torres, Valencia, 1980, pág. 91.

vendría a ser una Filosofía cuyo significado especial viene proporcionado por el Derecho, por el objeto formal que se toma en consideración. Si se parte de esta idea, de entender la Filosofía del Derecho como una filosofía aplicada habría que considerar cuál es la orientación filosófica a la que se suscribe el que lleva a cabo tal estudio, porque de esta forma los problemas suscitados se analizan a la luz de tal orientación.

En el pensamiento italiano ha sido Bobbio el que ha señalado el inconveniente de esta concepción: la de que concebir a la Filosofía del Derecho como una parte de la Filosofía general conlleva que las soluciones otorgadas a los problemas generales no se buscan en la experiencia jurídica, sino en las obras de los filósofos, en la orientación de que éstos proceden (positivistas, neokantianos, idealistas, neotomistas, etc.)<sup>2</sup>. Sin embargo, para nosotros aunque la cuestión se trate de eludir, como pretende hacer el autor italiano, señalando que bajo el pretexto de rechazarse el significado de «aplicación» es posible dar una solución general a un problema también general y en el que se parte del Derecho y no de la Filosofía, es decir, que la «etiqueta» de «positivista», «neotomista», «neokantiano», sólo cobra un significado subjetivo cuando se toma la Filosofía del Derecho como simple consecuencia del sistema filosófico del que ésta se extrae, es evidente que la objetividad no aflora porque nos encontremos ante una Filosofía del Derecho desarrollada específicamente por juristas, aunque en este campo, como el mismo Bobbio señala las etiquetas tienen otra nomenclatura: «La clasificación más útil es la que corresponde a la distinción entre concepciones iusnaturalistas, concepciones positivistas y concepciones realistas del Derecho respecto a los problemas de teoría general, entre concepciones objetivistas y subjetivistas respecto al problema de la justicia y entre corrientes formalistas y sociológicas respecto al problema de la ciencia jurídica»<sup>3</sup>. Ni la objetividad ni la claridad del objeto de la Filosofía del Derecho se consiguen hablando de una Filosofía del Derecho realizada por juristas frente a una Filosofía del Derecho realizada por filósofos. El problema reside en que aun siendo una Filosofía del Derecho en la que se parte de la experiencia jurídica, ésta sea lógicamente la experiencia que cada autor ha tomado en consideración. Bobbio no niega, por lo demás, la variedad de concepciones del mundo, de filosofías o de ideologías, lo que rechaza es la correspondencia entre las teorías del Derecho y las teorías filosóficas generales, o si se quiere entre la historia de la Filosofía y la historia de la Filosofía del Derecho<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> NORBERTO BOBBIO, *op. cit.*, págs. 94 y 95.

<sup>3</sup> NORBERTO BOBBIO, *op. cit.*, pág. 95.

<sup>4</sup> NORBERTO BOBBIO, *op. cit.*, pág. 95.

Si se tratase de una mera preferencia de orden metodológico, la cuestión sería baladí, pero nos hallamos ante un problema de fondo: la cuestión va más allá de interpretar que los problemas de la Filosofía del Derecho son problemas sugeridos por la Filosofía. Resaltamos la actitud de Bobbio porque ha sido y es el modelo seguido por algún sector de la doctrina española, que prefiere huir de esa relación con la Filosofía, como si todo dogmatismo proviniera de ésta y como si el Derecho pudiera ser reducido a un mero objeto sobre el cual no es posible plantearse preguntas esenciales, que parecen venir del campo de la Filosofía<sup>5</sup>. Ciertamente es que tal actitud no es nueva en el horizonte de la Filosofía del Derecho, porque viene ligada al momento de su aparición y al sentido de quiebra ínsito en éste, quiebra con el pensamiento anterior, ruptura con el Derecho Natural. Aunque con anterioridad a la aparición de la Filosofía del Derecho existió una especulación filosófica orientada hacia el Derecho, es evidente la diferencia entre ambas, pero también que esta suerte de división en dos momentos históricos ha caracterizado no sólo la formación de la Filosofía del Derecho en su origen, cuestión de obligada referencia, sino el carácter con el que tal disciplina se sigue estudiando por parte de nuestra doctrina.

La disyuntiva no es la de elegir entre una Filosofía del Derecho realizada por filósofos o por juristas, ni tampoco la de una Filosofía del Derecho que toma sus problemas del campo de la Filosofía general o que, por el contrario, se reduce a su transformación en una rama de la Ciencia del Derecho, sino la de elegir entre una Filosofía del Derecho que permanece ligada a su sentido inicial y que por lo tanto se circunscribe al análisis de los problemas gnoseológicos, lógicos y sociológicos<sup>6</sup> o, por el contrario, una Filosofía del Derecho que no renunciando a lo que Legaz define como «estructuras vigentes», las que se relacionan con un momento histórico y una sociedad determinada, admite dentro de sí unas «estructuras permanentes», las que marcan la línea de constante análisis sobre el Derecho<sup>7</sup>. Nos hallamos pues ante la primera de las decisiones

---

<sup>5</sup> En este sentido, señala Kelsen que «la misión del conocimiento científico no consiste solamente en responder a las preguntas que nosotros le dirigimos, sino también en enseñarnos qué preguntas podemos juiciosamente dirigirle». HANS KELSEN, «Justicia y Derecho Natural», en *Crítica del Derecho Natural*, libro colectivo con artículos de N. BOBBIO, CH. PERELMAN, A. PASSERIN D'ENTRÈVES, B. DE JOUVENEL, M. PRELOT, CH. EISENMAN, introducción y traducción de Elías Díaz, Ed. Taurus, Madrid, 1966, pág. 160. Título original del libro: *Le droit naturel*, Presses Universitaires de France (Institut International de Philosophie Politique), París, 1959.

<sup>6</sup> Como señala FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, «La Filosofía del Derecho como concepto histórico», en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna, 1979.

<sup>7</sup> Dice ANDRÉS OLLERO que «una filosofía del derecho que ignore los problemas cruciales de la sociedad de su tiempo encerraría un profundo contrasentido. La reflexión filosófica es siempre expresión de las cuestiones que plantea al hombre su presencia en el mundo». ANDRÉS OLLERO, *Filosofía del Derecho como contrasecularización. Orti y Lara y la reflexión jurídica del XIX*, Universidad de Granada, 1974, pág. 11.

que hay que realizar en el ámbito de nuestra disciplina, si queremos una Filosofía del Derecho circunscrita a la vigencia de un problema concreto o si se puede anudar ese sentido de actualidad con un carácter esencial: es decir, si en cuanto Filosofía es una conciencia reflexiva de la experiencia jurídica, no podemos considerar que esta experiencia jurídica quede al margen de la total realidad en la que se integra, pero al mismo tiempo esa realidad va más allá de la circunstancia que cambia. El significado esencial de la Filosofía del Derecho viene porque pretende lograr, en las palabras ya conocidas de Mayer, una representación total y unitaria del Derecho<sup>8</sup>.

Dos son, pues, las condiciones de la Filosofía del Derecho: esencialidad y universalidad<sup>9</sup>. No es una Filosofía especial, porque es Filosofía en su totalidad, por cuanto se preocupa por aquello que posee un valor universal: reflexiona sobre el Derecho como un fenómeno de validez universal, pero al tiempo ha de interrogarse sobre el porqué del Derecho y sobre el fin del Derecho<sup>10</sup>. La Filosofía del Derecho ha de ocuparse de cuanto tenga sentido de universalidad. Su misión consiste en constituir una crítica de la experiencia jurídica y que por eso mismo se eleva más allá de la propia experiencia jurídica concreta, tratando de determinar cuál es la condición trascendental del Derecho. Sólo de esta forma puede llegarse a una Filosofía del Derecho que supera los límites en los que viene encerrada por parte del positivismo jurídico, límites que la marcan desde el momento de su aparición histórica, pero que hoy en día no deben seguir formulándose so pena de reducirla a una Teoría de la Ciencia Jurídica o a una Teoría General del Derecho, es decir, precisamente aquellos campos de estudio en los que no se admitirían esas preguntas, sobre el porqué y el para qué a las cuales la Filosofía del Derecho no

---

<sup>8</sup> Sobre esta cuestión, dice García Máynez, que no debemos olvidar dos cosas: «Primera que, por la naturaleza de su método y la amplitud de su enfoque totalizador, la filosofía del derecho es *filosofía*, aun cuando esté primordialmente referida a los problemas que la experiencia jurídica plantea, y, segunda, que la discusión filosófica de aquéllos obliga al investigador a estudiarlos en conexión con otros muchos que no pertenecen ya al ámbito de esa experiencia, sino al más dilatado de la experiencia normativa en todos sus aspectos, los mismo que en conexión con el problema del *sentido* del derecho dentro de la totalidad de la vida humana». EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, *Filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, 2ª ed. revisada, México, 1977, pág. 20.

<sup>9</sup> Este planteamiento es el que se observa en dos autores bien distintos: FELICE BATTAGLIA, *Curso de Filosofía del Derecho*, vol. 1. Ed. Reus, Madrid, 1951, págs. 7 y ss.; y MIGUEL REALE, *Filosofía del Derecho*, vol. 1, *Introducción filosófica general*, Ed. Pirámide, Madrid, 1979, págs. 24 y 25.

<sup>10</sup> Claro está que para preguntarse en torno al porqué del Derecho es necesario considerar que el Derecho es una actividad con fines propios. Señala a este respecto Sergio Cotta que hoy «está muy difundida la convicción de que el derecho es sólo un aspecto de la política, pura y simplemente su instrumento, sin autonomía propia». SERGIO COTTA, *¿Qué es el Derecho?*, trad. de José Joaquín Blasco, Ediciones Rialp, Madrid, 1993, pág. 19. Del original en italiano *Perché il diritto*, Editrice La Scuola, 1979.

debería renunciar y que, por otra parte, son consustanciales a cualquier intento de reflexión filosófica sobre el Derecho.

La Filosofía del Derecho reflexiona sobre lo que constituye la entraña de lo jurídico, sobre aquello que posee una validez universal, pero que al mismo tiempo presenta un fundamento universal<sup>11</sup>. Universalidad y fundamentación o, si queremos, universalidad y esencialidad. Veremos si las mencionadas condiciones se dan en el tratamiento actual de la Filosofía del Derecho española.

La corriente mayoritaria en el pensamiento español entiende la Filosofía del Derecho desde la idea de una reflexión crítica sobre el Derecho y una reflexión acerca del sentido del Derecho: se trata de poner de manifiesto el lugar que ocupa la experiencia jurídica en el contexto de la experiencia humana global, así como sus relaciones con la totalidad de la cultura, con los restantes fenómenos culturales, que se caracterizan, frente a los acontecimientos naturales, por ser fenómenos humanos a los que es consustancial la referencia a fines y a valores<sup>12</sup>. A ello se reduce, en consecuencia, la reflexión crítica sobre el Derecho y sobre el sentido del Derecho, a entender que el Derecho es un producto cultural, al igual que muchos otros productos culturales, como la economía, la política o incluso la Moral, negada ya la existencia de una Moral permanente e inmutable. El Derecho que se entiende como fenómeno propio de una época, un fenómeno realizado por hombres, a diferencia de lo que acontece en el ámbito de las ciencias naturales, estará llama-

---

<sup>11</sup> Sobre esta cuestión Legaz señalaba que «el Derecho unas veces cambia al compás de la realidad social cambiante, es un reflejo de la misma; otras veces es el Derecho quien de verdad actúa como “motor de cambio”, pero también en ocasiones el Derecho actúa fácticamente como factor de resistencia al cambio, y el problema es si, frente a ciertos cambios, debe actuar así, en defensa de un orden objetivo de valores. Y la Filosofía del Derecho tiene que afirmar que el Derecho es una forma de la realidad social, que está inserto en ésta y que, por tanto, está implicado en y por el fenómeno del cambio, pero misión suya también es tratar de encontrar estructuras permanentes que subsistan a través de todas las mutaciones y, sobre todo, criterios objetivos de valor que permitan su enjuiciamiento y su regulación». LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, «Los temas de la Filosofía del Derecho en perspectiva actual», en *Estudios em Homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro*, vol II, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1979, pág. 641.

Legaz subraya aquí ese sentido esencial y universal que forma parte de la Filosofía del Derecho. Es cierto que la Filosofía del Derecho tiene que abrirse al cambio social, porque el propio Derecho así lo determina, pero existe por otro lado, un ámbito que necesariamente ha de permanecer inmutable, sin que ello suponga un cierto carácter estático, porque su inmutabilidad es consecuencia de las preguntas siempre presentes en el individuo y a las que la filosofía jurídica ha de dar cumplida respuesta.

<sup>12</sup> Así lo recoge EUSEBIO FERNÁNDEZ en el libro colectivo *Lecciones de introducción al Derecho*, realizado con J. DE LUCAS, M<sup>a</sup>. J. AÑÓN, A. APARISI, E. BEA, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 255.

do a mantener una relación con fines y valores, pero esta relación no puede entenderse nunca como una relación de fundamentación y de universalidad. Los fines y los valores de los que se nos habla son también los propios de una etapa histórica: se trata de un relativismo en el que nada permanece y en el que la Filosofía del Derecho ha sido despojada de su carácter esencial. Si en palabras de Elías de Tejada «el único verdadero estudio del Derecho es el filosófico, porque es la sola consideración de lo jurídico válida por sí misma, sin necesidad de apoyos exteriores»<sup>13</sup>, hay que decir que poco queda en nuestra actual Filosofía del Derecho de este planteamiento, porque al contrario, el saber filosófico sobre el Derecho se ha convertido en un saber de carácter instrumental al servicio de los saberes científicos y en el que es precisamente el afán por un cierto prurito científico el valor superior al que se sacrifica la pregunta fundamental acerca de qué sea el Derecho.

Y una vez que se ha renunciado a la universalidad y a la esencialidad de nuestra disciplina, es comprensible que no exista «un acuerdo generalizado acerca de cuál sea el cometido y la temática propios de la Filosofía del Derecho. Dependiendo de autores y de orientaciones de pensamiento se incluyen en ella investigaciones diversas, pero en todo caso se trata de la discusión de problemas y del esclarecimiento de nociones jurídicas que los juristas habitualmente no afrontan o presuponen en su trabajo cotidiano de interpretación del Derecho positivo»<sup>14</sup>. Es decir, la Filosofía del Derecho entendida como un saber secundario respecto del saber científico y éste simplificado y reducido a los términos de la elaboración formal del Derecho Positivo y de los problemas que surgen de la interpretación y de la aplicación del mismo.

Sobre este carácter que apreciamos en nuestra doctrina actual, podríamos tener en cuenta las advertencias de Heinrich Henkel, en una de sus obras más conocidas<sup>15</sup>, sobre los peligros que acechaban al estudio del Derecho, advertencias que han demostrado claramente su virtualidad.

Para Henkel, el primero de los peligros vendría a consistir en la especialización del jurista en campos parciales, cuyo alcance iría reduciéndose cada vez más. Dicha especialización supondría considerables aportaciones dentro de ciertos límites, pero a costa de un precio muy elevado: el de perder la visión de conjunto sobre el Derecho.

---

<sup>13</sup> FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Tomo II, Universidad de Sevilla, 1977, pág. 202.

<sup>14</sup> EUSEBIO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 256.

<sup>15</sup> HEINRICH HENKEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. Enrique Gimbernat, Ed. Taurus, Madrid, 1968, págs. 12-14.

El otro peligro sería la creciente tecnificación del Derecho. Tal proceso se presentaría como una consecuencia de la tecnificación de la vida moderna, pero al extenderse al ámbito del Derecho pondría en peligro la sustancia del mismo, amenazando con transformar el orden jurídico en un tremendo aparato técnico de normas. En palabras de Henkel, el crecimiento de la materia jurídica, la superabundancia legislativa, hará que cada vez sea más lo que se exige de los conocimientos del Derecho Positivo, que se precise una habilidad técnico-metódica en la aplicación del Derecho y que bajo la presión de estas exigencias, se pierda la conciencia de que el conocimiento de las normas y la habilidad en la aplicación del Derecho sólo deben ser medios al servicio de una penetración profunda del Derecho, pero que nunca pueden constituir el objetivo final de la formación jurídica ni una base sustentadora suficiente de la actividad jurídica. Esa creciente tecnificación vendría a ponernos en una situación en la que se dejara de comprender cuál es el sentido final de la unidad y de la totalidad del Derecho, o dicho en otra palabras, la marea técnica, la invasión legislativa, las exigencias de un conocimiento ilimitado sobre el Derecho Positivo junto a la idea de que la actividad jurídica es un producto cultural y por lo tanto relativo, vendrían a restar un carácter fundamental a la Filosofía del Derecho, convertirían la función de ésta en una herramienta al servicio del normativismo y no en una disciplina formativa que se interroga y se cuestiona sobre aspectos esenciales del Derecho y que por serlo son también cuestiones actuales. Nuevamente, las «estructuras permanentes» junto a las «vigentes» de que nos hablaba Legaz.

La mayor parte de nuestra doctrina actual estaría de acuerdo en el problema que representa la Filosofía del Derecho, entendida como disciplina formativa, en un mundo de creciente especialización. Nuestros autores se han visto obligados a analizar cuestiones derivadas de la incardinación de una asignatura como la nuestra en los planes de estudio, así como la utilidad de la misma. El que uno, a estas alturas, tenga que justificar el sentido utilitarista de su disciplina nos conduce a ese callejón sin salida en el que el filósofo del derecho se ha situado, porque en cuanto a saber instrumental al servicio de las ciencias y en cuanto a la labor plenamente normativista<sup>16</sup> a la que se ha subordinado, hay que decir que las propias ciencias jurídicas particulares podrían contar con medios necesarios para cumplir su misión sin tener que recurrir necesariamente a la Filosofía del Derecho. Ello ha conducido a que puestos a justificar nuestra asignatura la doc-

---

<sup>16</sup> No es de recibo que uno de los autores que más influencia presenta en la mayoría de la Filosofía del Derecho española se haya autocalificado de «normativista» a la hora de determinar cuál es el concepto del Derecho: «Si por normativismo se entiende aquella teoría según la cual el modo más conveniente de definir el Derecho es referirse a la noción de norma, entonces soy normativista». NORBERTO BOBBIO, *op. cit.*, pág. 98.

trina actual haya tenido que acudir a la idea de ser el estímulo y la conciencia crítica del Derecho y del saber dogmático<sup>17</sup>, es decir, queriéndolo o no haya tenido que acudir, aun cuando indirectamente, al significado de universalidad y de esencialidad. Y decimos que indirectamente porque si bien se señala que la Filosofía del Derecho debe tender a crear juristas conscientes de su labor y de la función que asumen en una sociedad determinada, no es menos cierto que la asunción de esa tarea no puede florecer de un punto de vista en el que se trata de poner continuamente en tela de juicio el Derecho. El carácter crítico de la Filosofía del Derecho si es que quiere formar juristas conscientes de su labor reside en ir más allá de una posición crítica, consiste en preguntarse por el fundamento del Derecho, en inquirir acerca del ser jurídico, que es uno de los modos de la realidad del ser<sup>18</sup>.

Así, aun cuando casi todos nuestros autores coinciden en ese aspecto crítico de la Filosofía del Derecho, en la idea de esa reflexión crítica sobre el Derecho, a la hora de determinar en qué consiste ésta o cuál es, a tenor de la misma, la temática que asume la Filosofía del Derecho, nos encontramos con los problemas de concretar dicho talante, porque no es reflexión crítica simplemente el plantearse cuál es la función de la asignatura o la persistente pregunta en torno a su objeto y estudio, como algunos de nuestros autores parecen creer<sup>19</sup>. No se forman juristas si hay preguntas a las cuales hay que renunciar, si interrogarse acerca de lo que es justo con intenciones de fundar sobre la Justicia el ser del Derecho representa una cuestión poco menos que irracional o resultado de una suerte de «hermetismo» que evidentemente no se concilia con la posición normativista que parece ser siempre el punto de partida de nuestros filósofos del

---

<sup>17</sup> Así, Luis Prieto afirma que «la función de la asignatura 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 del sentido último de la técnica que domina. Sin duda, tal labor no puede a su vez realizarse desde una posición dogmática o acrítica, sino que es preciso problematizar la propia perspectiva filosófica, es decir, no sólo preguntarse por las condiciones del saber dogmático, sino también por los presupuestos y posibilidades del saber filosófico». LUIS PRIETO SANCHÍS, «Un punto de vista sobre la filosofía del Derecho», en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo IV, Madrid, 1987, págs. 591-617., la cita en pág. 596.

Pero como señala Ramón Maciá, el carácter crítico puede también llevarse a cabo sobre la misma Filosofía jurídica y eso es justamente lo que nos proponemos hacer en este trabajo. RAMÓN MACIÁ, «Crítica del conocimiento filosófico», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, sobre *La filosofía del Derecho en España*, n° 15, Granada, 1975, págs. 151 y ss.

<sup>18</sup> En las palabras de ELÍAS DE TEJADA, *op. cit.*, pág. 204.

<sup>19</sup> Pérez-Luño señala que «es evidente que tan sólo la organización didáctica de los estudios jurídicos que se proponga formar auténticos juristas precisará impartir disciplinas de carácter iusfilosófico. 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». ANTONIO ENRIQUE PÉREZ-LUÑO, «La filosofía del Derecho y la formación de los juristas», en *Sistema*, julio de 1982, pág. 90.



Derecho. El replanteamiento continuo en torno a los problemas que deben ser analizados por la Filosofía del Derecho no tiene porqué constituir necesariamente un contrapeso frente a la especialización y al dogmatismo<sup>20</sup>.

La función crítica de la Filosofía del Derecho, que es, para todos, el aspecto decisivo, polémico y problemático de ésta no se consigue tratando de justificar el sentido de una disciplina que renunciando a su carácter fundamental y a las preguntas esenciales sobre el Derecho, parece decidida a abarcar el amplio espectro que le brindan otras cuestiones. En el pensamiento italiano, Enrico Pattaro ha señalado que la Filosofía del Derecho puede servir de cobertura para que cualquiera, que sea un cultivador de la materia, estudie lo que más le agrada: metafísica o sociología, historia o análisis del lenguaje, teoría general del derecho o pensamiento político, estructuralismo o derecho comparado. Esta dejadez académica, en el sentido de abarcar tan gran espectro de materias, a juicio del Profesor de la Universidad de Bolonia, no sería particularmente mala porque sirve para reconocer a la disciplina una esfera de competencias bastante amplia<sup>21</sup>. Esta actitud no puede sino sorprender y es ciertamente la que impera en el ámbito de la doctrina española, en la que el título de la asignatura, al igual que acontece con la todavía en algunas universidades españolas asignatura de Derecho Natural, no obliga a mantener un determinado contenido, un contenido esencial e indispensable para realizar una función crítica en torno al Derecho, sin el cual ciertamente no se hace Filosofía del Derecho y sin el cual lógicamente termina uno por ser reducido al campo de las disciplinas poco útiles, porque no es ni científica ni formativa.

La variedad de los problemas que se analizan bajo la denominación de Filosofía del Derecho, problemas que en ocasiones se alejan de la pregunta fundamental<sup>22</sup>, si no es que la ignoran o la rechazan, no es una muestra de la riqueza de contenidos. Antes bien, tan sólo sirve para demostrar cómo los intentos por ser originales y novedosos se confunden con la vaciedad y la escasez de recursos. La cuestión que ha de surgir a continuación es si la Filosofía del Derecho llevada por estos derroteros logra o no dar una explicación radical y total del

---

<sup>20</sup> Como algunos de nuestros autores parecen creer y en tal sentido, JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, «Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho y su posible sentido actual», en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VII, Madrid, 1990, págs. 261-262.

<sup>21</sup> ENRICO PATTARO, «Trent'anni di studi di filosofia giuridica», en la *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, vol. 1, 1980, pág. 1

<sup>22</sup> Sobre esta pregunta, piensa Legaz que «la Filosofía del Derecho responde a la insuficiencia de la ciencia jurídica para dar una solución a las preguntas que se plantea el espíritu del hombre —en tanto que hombre y en tanto que jurista— y que exigen una respuesta». LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, «Qu'est-ce que la Philosophie du Droit?», en los *Archives de Philosophie du Droit*, n° 7, París, 1962, págs. 132-133.

Derecho, es decir, si responde críticamente a la insuficiencia de las ciencias dogmáticas y se eleva al plano de lo universal o por el contrario es el mejor compañero que podía desear el dogmatismo normativista, quedándose anclada en el tratamiento de unos temas que poco o nada colaboran en la formación de juristas que se cuestionen acerca de qué es el Derecho<sup>23</sup>.

Si las ciencias jurídicas particulares estudian un Derecho Positivo concreto, el Derecho de un pueblo y en una etapa concreta, la Filosofía del Derecho debe interrogarse acerca del Derecho en universal, en lo que tiene de esencial y permanente<sup>24</sup>. Pero una Filosofía del Derecho que se mantiene en los márgenes de un Derecho Positivo vigente puede ser absorbida perfectamente por las ciencias jurídicas particulares en la medida en que no responde a la función que tiene asignada y aquel otro tipo de fines que lleva a cabo se diluye dentro del que es propio de la ciencia del Derecho.

El problema que surge a continuación es justamente el de los temas de la disciplina, teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, el que la nomenclatura de la asignatura es utilizada de excusa para justificar toda clase de contenidos, incluso los opuestos a los naturalmente establecidos en el seno de una pretendida reflexión filosófica sobre el Derecho. Y junto a la pluralidad de temas, también la diferente denominación que se atribuye a éstos en función de las preferencias manifestadas por cada autor o del significado y la reminiscencia que para cada uno sugiere un cierto título.

Así, por lo general, una cuestión que aparece en la práctica totalidad de nuestra doctrina, cual es la de preguntarse por el ser del Derecho, cuestión esencial y permanente, tiene un distinto carácter y viene impresa de una marca de nacimiento para las diferentes tendencias de la Filosofía española. Nos encontramos ante el problema ontológico, que es el «fundamental de la filosofía del Derecho. Pues lo que en definitiva hay que resolver es el problema de la realidad del Derecho, lo que el Derecho es en realidad»<sup>25</sup>. Se trata del problema ontológico-jurídico por antonomasia, un problema que parece exigir la superación del positivismo filosófico, según el cual la realidad se reduce a su dimen-

---

<sup>23</sup> Sobre ello, señala Jaime Brufau que «un saber jurídico desprovisto de apoyo y desemboque en el plano filosófico, se contrae y empobrece. Privado de acceso a la instancia superior axiológica y carente de una sólida base ontológica, puede deslizarse fácilmente a servir de instrumento técnico a intereses políticos, económicos o de cualquier otro tipo». JAIME BRUFAU PRATS, *Teoría fundamental del Derecho*, Ed. Tecnos, 4ª ed. corregida, Madrid, 1990, págs. 303-304.

<sup>24</sup> GIORGIO DEL VECCHIO, voz «Filosofía del Diritto», en el *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VII, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1961, pág. 334.

<sup>25</sup> LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, Ed. Bosch, 5ª ed. revisada y aumentada Barcelona, 1979, pág. 37.

sión óntica o fáctica, pero también, por otro lado, requiere la superación del positivismo más estrictamente jurídico, aquél que reduce el Derecho al ordenamiento jurídico estatal, ya que difícilmente puede ser planteado el tema del origen del Derecho como realidad autónoma, si a éste se le niega toda independencia respecto a la realidad del poder político<sup>26</sup>.

Es decir, si en un sentido estricto el problema ontológico pretende incidir en la realidad esencial del Derecho, más allá de las particularidades concretas de los ordenamientos jurídicos vigentes, es evidente que a esta cuestión no se puede contestar partiendo de la experiencia proporcionada por la normatividad de un Derecho determinado. Pero hay que señalar que no todos nuestros autores, en lo que no es desde luego una excepción al resto de la doctrina europea, admiten el rótulo de «Ontología jurídica» para referirse a esta cuestión y no en todos el preguntarse acerca de la realidad del Derecho implica la superación de un cierto planteamiento positivista, sino que, por el contrario, la realidad del Derecho sería la que correspondería a una estructura normativa vigente. La denominación de «Ontología jurídica» presenta ciertas reminiscencias metafísicas, lo que es en sí un problema para la Filosofía del Derecho actual y ello porque como se reconoce aludir a otro con el nombre de «metafísico» o de «ontológico» en el seno de una discusión implica descalificar el argumento utilizado<sup>27</sup>, implica designar al otro bajo los términos de irracionalidad o de idealidad que ya fueron ampliamente manejados, con ese propósito por el neoempirismo y por el positivismo jurídico más estricto. Así parece que la «Ontología jurídica», por lo menos en el ámbito de la Filosofía del Derecho española, se encuentra con los problemas de afrontar la carga metafísica que preguntar por la realidad del Derecho pudiera conllevar o, por el contrario, acudir a la realidad del Derecho desde unas vías de acceso dife-

---

<sup>26</sup> JESÚS BALLESTEROS, *Sobre el sentido del Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 90-91.

<sup>27</sup> Así Delgado Pinto señala: «¿Qué sentido puede tener hoy la pregunta por la fundamentación ontológica o metafísica del Derecho? A primera vista, si se pone el acento en el adjetivo, podría entenderse que se trata de responder a la pregunta por la fundamentación del Derecho desde la metafísica. Pero en este caso debemos ser conscientes de que nos enfrentaríamos a una tarea cuya legitimidad no está asegurada de antemano, sino que constituye en sí misma un problema. Nadie ignora que en el contexto del pensamiento de nuestros días el estatuto epistemológico de la metafísica es problemático. Síntoma de esto es el hecho de que en muchas de las discusiones actuales «metafísico» e incluso «ontológico» se emplean normalmente para descalificar antes que para calificar argumentos». JOSÉ DELGADO PINTO, «Reflexiones acerca del significado de la pregunta por la fundamentación ontológica del Derecho», en *Persona y Derecho*, n° 9, 1982, págs. 19-20.

A pesar de ello alguno de nuestros autores han elegido tal título para sus obras. Así FRANCISCO CARPINTERO, *Derecho y Ontología jurídica*, Ed. Actas, Madrid, 1993.

rentes, con lo que no se está realizando Ontología jurídica, sino un estudio bien distinto de éste<sup>28</sup>.

Pero si se elude la carga metafísica, la Ontología jurídica termina por ser una teoría de las concepciones sobre el Derecho o una investigación relativa a los modos generales de entender el Derecho o como la mera formulación de una definición del Derecho que se pueda utilizar en el campo del conocimiento científico<sup>29</sup>. Al igual que sucedía con la misma Filosofía del Derecho, entendida como herramienta instrumental al servicio del tecnicismo, la Ontología jurídica se transforma, aun conservando tal título, en la formulación de un concepto general del Derecho desde el que es posible señalar cuáles son las relaciones con la Moral, con la sociedad, con el Poder, con la política, con la economía, o en un simple estudio acerca de las posibles concepciones que cabe formular sobre la definición genérica del Derecho. En este caso parece más bien que nos hallamos ante un fenómeno general que guarda relación con otra serie de fenómenos y que, al mismo tiempo, siendo genérico, se halla condicionado por las circunstancias histórico-sociales del momento en que es objeto de estudio. No hay, pues, una correlación entre el ser del Derecho y el ser del hombre, porque tanto uno como otro, conservando su presencia en todo momento, han perdido la raíz esencial e inmutable que los define.

En su momento ya Legaz señalaba que al problema ontológico se podía acceder a través de tres vías: «desde un plano *normativo* –según la tradicional consideración del Derecho como norma–, desde un plano subjetivo (noción personalista del Derecho), o desde un plano axiológico (el Derecho como lo justo: *id quod justum est*)»<sup>30</sup>. No hace falta decir que entre las vías de acceso enunciadas la doctrina española actual ha preferido optar por la proporcionada por el plano normativo, con lo que el problema ontológico se diluye en la concepción del Derecho en cuanto norma o en cuanto con-

---

<sup>28</sup> Como ha estudiado en su Tesis Doctoral Juan Antonio Martínez Muñoz, en el pensamiento italiano Sergio Cotta establece una ontología del Derecho partiendo de una ontología del hombre: «Su ontología es más bien una ontología del hombre, propia de un tratamiento antropológico que se ocupa de determinar la estructura del ser humano mediante un análisis ontológico para tratar luego de ver qué lugar ocupa el derecho en la vida del hombre, procurando demostrar la posibilidad de afirmar el derecho por encima de la variable apariencia empírico-fenomenica, legitimando su presencia como condicionamiento del obrar del hombre». JUAN ANTONIO MARTÍNEZ MUÑOZ, *Ontofenomenología del Derecho en la obra de Sergio Cotta*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1993, pág. 200.

<sup>29</sup> Así recoge todas estas tendencias, EUSEBIO FERNÁNDEZ, *op. cit.*

<sup>30</sup> LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *op. cit.*, pág. 37.

junto de normas<sup>31</sup>. Es decir, el ser del Derecho, la búsqueda de la estructura ontológica de lo jurídico termina por convertirse en el concepto del Derecho tal y como éste se presenta en el marco de un cierto sistema normativo, y lejos de ser el problema fundamental la Ontología jurídica se ve obligada a trabajar sobre los datos suministrados por la Ciencia jurídica y la Sociología del Derecho<sup>32</sup>.

Ello implica que para algunos de nuestros autores el concepto del Derecho —desde ese planteamiento simplificador y reduccionista en el que hemos pasado de la pregunta en torno a qué es el Derecho a la pregunta sobre el Derecho aquí y ahora—, sólo cobra significado si se identifica con el concepto de «ordenamiento jurídico» y puestos a ello la denominación de «Ontología jurídica» debe ser sustituida por la de «Teoría del Derecho» o «Teoría General del Derecho», más acorde probablemente con el sentido inicial con el que surgió la Filosofía del Derecho y en el que se renunciaba a asumir como cuestión propia el análisis del problema ontológico. Parece por lo demás que ese sentido histórico de la Filosofía del Derecho no ha sido superado y nos movemos en los márgenes del dogmatismo y en los peligros sobre los que nos advertía Henkel<sup>33</sup>.

En el ámbito de nuestra doctrina Legaz supo diferenciar claramente el problema ontológico-jurídico de aquello que debía entenderse por «Teoría General del Derecho»: la Filosofía del Derecho históricamente «no se impuso como misión hallar una fundamentación metafísica del Derecho, ni dar respuesta a los problemas de una ética jurídica material, ni hacer ontología jurídica, su tema es el concepto del Derecho. Problemas como el de la validez y la vigencia jurídica y las consideraciones teológicas y valorativas no tienen más sentido

---

<sup>31</sup> En un sentido muy distinto de éste que mencionamos, Jaime Brufau señala que el tema ontológico-jurídico «gira en torno al ser del Derecho. Se trata del estudio de lo jurídico, de lo que es y de su inserción en el orden del ser. Estudio que debe desembocar en una definición del derecho y que permite abordar el de las notas esenciales de lo jurídico y discernir este ámbito del de otras realidades afines. Presenta la estructura esencial del derecho, sus diversos modos de ser, sus divisiones más importantes y su integración dentro del ámbito humano. Tales son los cometidos que tiene que cubrir el estudio de este tema que, si bien no agota el contenido de la filosofía jurídica, si constituye su núcleo primordial». JAIME BRUFAU PRATS, *op. cit.*, pág. 305.

<sup>32</sup> ELÍAS DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Ed. Taurus, 2ª ed., Madrid, 1980, reimp. 1986, págs. 253-254.

<sup>33</sup> Sobre el concepto histórico de la Filosofía del Derecho y algunas de sus consecuencias, resulta de utilidad el trabajo de JOSÉ DE LA TORRE MARTÍNEZ, «El concepto histórico de la Filosofía del Derecho en Legaz», en el vol. colectivo *Luis Legaz y Lacambra. Figura y pensamiento*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid-Banco Central Hispano, Madrid, 1993, págs. 83-91. El análisis de esta cuestión ha dado origen a una polémica no siempre cerrada en el ámbito de nuestra doctrina que lógicamente excede el propósito que aquí nos hemos marcado.

que el de vías de acceso para llegar a un concepto del Derecho»<sup>34</sup>. Se trata ciertamente de un punto de vista ya tradicional en el marco de la Filosofía del Derecho, que alcanzó su punto culminante en la Filosofía jurídica de inspiración neokantiana y en la cual el cometido propio de la Filosofía del Derecho era justamente el de determinar el concepto universal del Derecho, pero desde luego ese concepto universal no implica ni la pervivencia de un sustrato ontológico ni tampoco la realización de una Ontología jurídica.

Theodor Viehweg distinguía entre dos «teorías» del Derecho a la hora de hablar de la relación entre Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho. La llamada Teoría del Derecho «antigua» o «material» respondía concretamente «a la pregunta acerca de qué es lo que, en última instancia, se considera como *justum*»<sup>35</sup>. La Teoría del Derecho «nueva» se diferencia en varios aspectos de la antigua y su diferencia esencial parece consistir en que desea limitarse a ser una moderna teoría estructural. Mientras que en la antigua la respuesta a la cuestión de la Justicia estaba desde el comienzo en el centro del interés, la de tipo moderno prefiere desplazar tal cuestión a un segundo plano. Esta Teoría encontraría sus raíces en el positivismo filosófico del siglo XIX, aquél del que precisamente había que desvincularse si es que se quería realizar Ontología jurídica.

Hemos dicho que la Teoría (General) del Derecho encuentra su inspiración en la filosofía neokantiana en la que el problema de establecer un concepto universal del Derecho era el problema esencial. Según Stammler, para determinar conceptualmente qué es «Derecho» no basta intentar describir mediante rasgos externos aquellas reglas que de un modo vago se califican de «jurídicas». Para esto sería necesario que existiese antes una especie de acuerdo sobre lo que como «jurídico» se tratase de describir<sup>36</sup>. Y a ese acuerdo parece que se ha llegado en el seno de nuestra moderna Filosofía del Derecho, aunque ello suponga definir el Derecho a través de lo que Stammler denominaba «rasgos externos». Es decir, la Teoría General del Derecho parte de la premisa de que por Derecho hay que entender un conjunto de normas, un ordenamiento jurídico, de forma que «sólo a través de la comprensión del ordenamiento jurídico en su conjunto se pueden captar aquellas características del fenómeno jurídico que habitualmente vienen adoptadas para distinguir el Derecho de la moral y de los usos sociales. Las partes principales en las que se podría dividir la teoría del

---

<sup>34</sup> LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *op. cit.*, pág. 34.

<sup>35</sup> THEODOR VIEHWEG, *Tópica y Filosofía del Derecho*, trad. de Jorge Malem Sefia, revisión de Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling, Ed. Gedisa, 1ª ed., Barcelona, 1991, pág. 17

<sup>36</sup> RUDOLF STAMMLER, *Tratado de Filosofía del Derecho*, trad. de la 2ª ed. alemana por Wenceslao Roces, Editora Nacional, 1ª ed., México, 1980, pág. 63.

ordenamiento jurídico son las seis siguientes: 1) composición (concepto de norma y distintos tipos de normas), 2) formación (teoría de las fuentes del Derecho); 3) unidad (validez y norma fundamental; 4) plenitud (lagunas y su integración), 5) coherencia (antinomias y su eliminación); 6) relaciones entre ordenamientos (relaciones espaciales, temporales y materiales)»<sup>37</sup>. Junto a ello parece necesario desde tal perspectiva el estudio de los conceptos y nociones que son comunes a los diferentes ordenamientos jurídicos, teniendo en cuenta, por otro lado que la Teoría General no lo es en absoluto, no responde al sentido literal de su denominación, porque ni se propone investigar sobre toda clase de ordenamiento jurídico, ni menos aún realizar un análisis histórico de lo que ha sido el ordenamiento jurídico a través de las diferentes etapas. Se centra en entender que su objeto de estudio será el de las peculiaridades proporcionadas por la consideración del conjunto de normas vigentes en un momento histórico concreto y dentro lógicamente del ámbito cultural occidental.

Una vez reducido el concepto del Derecho al de «ordenamiento jurídico» lo que haya de ser éste solamente puede guardar relación con el Derecho Positivo vigente, así que, en última instancia, no es una definición sobre el Derecho en cuanto género, sino sobre el Derecho en cuanto materia proporcionada por un sistema normativo. La doctrina española actual se mueve, bajo la influencia de Bobbio, en estos parámetros y desde luego no hace Ontología jurídica. La distinción entre la Ontología jurídica y la Teoría General del Derecho se expone, desde nuestro punto de vista acertadamente, bajo la premisa de que mientras la Ontología cuestiona el marco en el que se presenta el Derecho, y consiguientemente analiza problemas externos al Derecho, la Teoría General no tiene esa intención, limitándose al análisis de lo que opera dentro de un marco establecido, de manera que se identifica el Derecho con el ordenamiento jurídico, pero ello permite también el estudio de otras nociones jurídicas básicas que tienen cabida dentro del ordenamiento jurídico<sup>38</sup>.

El propósito de la Teoría General no es el de hacer una revisión crítica de lo que es el Derecho ni en cuanto género ni menos aún dentro de los límites de un sistema positivo vigente, con lo que presenta indudablemente el carácter dogmático con el que suele exponerse por parte de la doctrina española actual y ello una

---

<sup>37</sup> NORBERTO BOBBIO, *op. cit.*, pág. 98.

<sup>38</sup> MANUEL ATIENZA, *Introducción al Derecho*, Ed. Club Universitario, Alicante, 1998. En tal sentido la relación entre la filosofía jurídica italiana y la española es clara y no sólo se podría hablar de relación, sino de dependencia de la nuestra respecto de la italiana. La influencia de Bobbio ya ha sido mencionada, pero también habría que analizar las referencias constantes que nuestros autores muestran, con reverencia, hacia lo que se considera lo más granado del pensamiento italiano y al tiempo lo más moderno.

vez más bajo la influencia del pensamiento italiano contemporáneo, sin tomar en consideración algunas de las precisiones que este pensamiento ha realizado, en el sentido de señalar que la Teoría General es una disciplina formal y un estudio científico y que como tal no puede integrarse en el ámbito de la Filosofía del Derecho<sup>39</sup>.

El problema que se plantea es que si se incluye la Teoría General en el seno de los estudios que realiza la Filosofía del Derecho es evidente que debería participar de una función crítico-valorativa, consustancial a la propia Filosofía del Derecho, de manera que entonces sería posible también abordar los temas que analiza la Teoría General cuestionando el marco en el que se sitúa. De lo contrario tendría un carácter dogmático y sería más acertado llevarla al campo de las ciencias jurídicas particulares. Lógicamente quienes hablan en el seno de nuestro pensamiento de «Teoría General del Derecho» no pretenden cuestionar dicho marco, ni llevar a cabo una función crítica sobre el Derecho Positivo. Se parte de la realidad de un Derecho, de la existencia del mismo, y a esta realidad se supedita la investigación, con lo que ciertamente no se hace Filosofía del Derecho, sino dogmática jurídica.

Se ha intentado alguna suerte de componendas entre la Ontología y el peligro del dogmatismo<sup>40</sup>, que no pasa de ser una Teoría sobre el Derecho Positivo,

---

<sup>39</sup> Es el propio Bobbio quien hace la precisión que, sin embargo, no ha sido seguida al pie de la letra por sus discípulos españoles. La Teoría General se encuentra, tal y como se presenta, en el terreno fronterizo de la distinción entre ciencia y filosofía jurídicas. Ante esta cuestión, según establece el autor italiano, caben dos posiciones: la solución propugnada por el positivismo y la que propugna la doctrina postpositivista. Las doctrinas positivistas más radicales niegan la distinción entre ciencia y filosofía, negando con ello la distinción entre filosofía y Teoría General del Derecho. Para los positivistas, Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho coinciden toda vez que no existe más Filosofía del Derecho que la llamada Filosofía del Derecho Positivo y ésta es la Teoría General del Derecho. La doctrina postpositivista, por el contrario, acepta la distinción entre filosofía y ciencia, de manera que ante esa distinción sería posible formular, nuevamente, dos soluciones al problema: 1) la Teoría General es una materia filosófica y como tal se distingue de las ciencias jurídicas particulares; 2) la Teoría General es una materia científica y como tal se distingue de la Filosofía del Derecho. Los que sostienen la concepción de la Teoría General como materia filosófica le han atribuido el carácter de ser un estudio de las formas de la experiencia jurídica y los que mantienen su dimensión científica han visto en ella un estudio de contenidos empíricos, aunque extremadamente generalizados. De esta forma, la Teoría General es materia filosófica por ser ciencia formal y, por otra, es materia científica por ser estudio del contenido, de suerte que la distinción entre una consideración científica y una consideración filosófica se resuelve en la distinta interpretación de la función de la Teoría General. El propio Bobbio se aparta, sin embargo, de las dos soluciones señalando que la Teoría General es una disciplina formal, pero sin dejar de ser un estudio científico, es decir, se trata de un estudio formal que no se integra en la Filosofía del Derecho. NORBERTO BOBBIO, *op. cit.*, págs. 74 y ss.

<sup>40</sup> Así dice Luis Prieto que «la labor de una teoría del Derecho emprendida desde la filosofía ha de situarse entre la ontología iusnaturalista y la dogmática positivista. No se trata de construir una teoría del Derecho natural o del Derecho racional que resulte inservible para identificar un sistema jurídico positivo, pero tampoco de describir éste en un modo tan apegado a lo empírico que resulte hermosa como la cabeza de madera en la fábula de Fedro, pero que, al igual que ella, carezca de seso. De ahí que haya de ser una teoría del Derecho positivo, pero de todo Derecho positivo o, haciendo las oportunas cautelas, del Derecho positivo de una determinada cultura jurídica». LUIS PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, págs. 603-604.



aunque se pretenda ampliar los términos aludiendo a todo Derecho Positivo o incluso al Derecho Positivo de una cierta cultura jurídica. En cualquier caso parece claro que está aceptando previamente que la única definición posible sobre el Derecho es la que nos viene suministrada por el Derecho Positivo y éste en cuanto conjunto de normas, de manera que se abandona la pregunta sobre qué es el Derecho y se admite como respuesta la que viene condicionada por el Derecho Positivo, lo que no es sino, por otra vía, una caída en el dogmatismo positivista que se trataba de evitar.

Por otro lado, la imprecisión de lo que debería comprenderse como núcleo del Derecho Positivo en el seno de una cierta cultura jurídica hace que la denominación de Teoría General del Derecho, al igual que sucede con la de Filosofía del Derecho, por lo menos en el aquí y ahora que nos ocupa, abarque una temática en la que cabe de todo, desde el análisis del lenguaje<sup>41</sup> hasta las relaciones con otros sectores normativos diferentes del Derecho, pasando por los problemas suscitados por un sistema jurídico vigente y las nociones esenciales en cualquier tipo de Derecho Positivo, abandonando desde luego el carácter de fundamentación y de universalidad que al comienzo de este trabajo reputábamos como condiciones indispensables para realizar una Filosofía del Derecho.

Otro de los problemas que se incluyen en el ámbito de nuestra disciplina es la Ciencia jurídica. Como se reconoce por parte de la doctrina actual, «el término ciencia jurídica ha sido utilizado a lo largo de la historia con significados muy diversos. Una de sus propiedades más sobresalientes es su carácter controvertido. No existe acuerdo en la comunidad jurídica acerca de cuáles son sus métodos ni sus objetivos. Para algunos, la ciencia jurídica debería ser un conocimiento objetivo y neutral. Para otros, el conocimiento debería ofrecer soluciones a los problemas prácticos. Para algunos, lo que usualmente se denomina ciencia jurídica es una técnica, mientras que para otros no es más que una pseudociencia que tiene funciones ideológicas. También es fre-

---

<sup>41</sup> A título de ejemplo lo que se consigna bajo el rótulo de «Lenguaje jurídico» según JOSÉ JUAN MORESO en el libro colectivo *El derecho y la justicia*, edición de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, Ed. Trotta-Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, págs. 105-116.

Esta línea de investigación, de atención concedida a los problemas lingüísticos en el ámbito del Derecho no es nueva, aunque trate de presentársenos como novedosa y original frente a otras vertientes más tradicionales. En eso parece que la doctrina española ha tenido que acudir a la influencia recibida de autores de muy distinta procedencia, desde Carlos Santiago Nino, Enrico Pattaro, Carlos Alchourrón y Ernesto Bulygin, por citar sólo a algunos de los que más directamente han incidido en el tratamiento de esta cuestión, que por otro lado no deja de ser una cuestión de carácter secundario frente a la función crítica que debería llevar a cabo un filósofo del Derecho.

cuenta que exista asimetría entre el programa de la ciencia jurídica y lo que en realidad ofrece»<sup>42</sup>.

Después de este comienzo nada alentador hay que recordar que estamos ante una de las cuestiones se supone que más precisas y más objetivas dentro del ámbito de la Filosofía del Derecho, y respecto de la cual parece que tampoco existe una homogeneidad. El mismo Bobbio reconoce que el nombre cada vez le gusta menos<sup>43</sup>, lo cual no es de extrañar ante los problemas con los que se enfrenta quien pretende acercarse a la Ciencia jurídica y no tanto por la complejidad de las cuestiones a analizar sino por la escasez de recursos para determinar qué debe entenderse por Ciencia del Derecho, una Ciencia tan rigurosa en la que cabe de todo menos la realidad unitaria y totalizadora del Derecho.

En palabras de Legaz «cuando en el pensamiento jurídico moderno se habla de “ciencia jurídica” se hace referencia a un tipo de saber que recae sobre un objeto dado como presente en una experiencia, objetos que pueden ser hechos de la naturaleza o creaciones humanas, pero en todo caso hechos que tienen la característica de la temporalidad y que se trata de describir, explicar o comprender, ya reduciéndolos a leyes generales, ya penetrando en su singularidad, insertándolos en una serie causal y tratando de fijar su esencia. En una palabra, al decir “ciencia jurídica” se entiende referirse a una “verdadera” ciencia, a una ciencia como las demás ciencias, con un objeto que reúne las características necesarias de lo que es un objeto científico»<sup>44</sup>. Ese es justamente el núcleo fundamental de la discusión, si existe o no una «verdadera» ciencia jurídica. Para llegar a una afirmación semejante hay que realizar varias precisiones.

Podría hablarse no de una Ciencia jurídica, sino de una pluralidad de conocimientos científicos sobre el Derecho en virtud de los distintos aspectos que se analizan, pero cuando los autores utilizan la denominación de «Ciencia jurídica» con una pretensión absoluta y unitaria es porque consideran que la única posibilidad de acceder a un conocimiento científico sobre el Derecho es aquella a la que se llega a través de la normatividad, es decir, que la Ciencia jurídica sólo puede conocer el Derecho desde un punto de vista normativo y que su objeto es la mera descripción del Derecho en tanto que conjunto de normas.

---

<sup>42</sup> Según comenta ALBERT CALSAMIGLIA, «Ciencia jurídica», en el vol. anteriormente mencionado, *El derecho y la justicia*, pág. 17.

<sup>43</sup> NORBERTO BOBBIO, *op. cit.*, pág. 99.

<sup>44</sup> LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *op. cit.*, pág. 39.

La duda acerca del carácter científico de su investigación que ha sido objeto de discusión desde hace siglo y medio, plantea cuatro posibles objeciones<sup>45</sup>.

La primera de las objeciones niega el carácter científico de la Jurisprudencia o Ciencia del Derecho en sentido estricto porque piensa que solamente puede existir una ciencia sobre hechos y en cuanto la Ciencia jurídica versa sobre normas no puede ser considerada como una verdadera ciencia. La única Ciencia desde esa consideración sería la Sociología del Derecho, puesto que ésta tiene por objeto hechos. Quienes defienden, como Rodríguez Molinero, la existencia de una Ciencia jurídica señalan que es aquí justamente donde se encuentra «la diferencia fundamental que existe entre el *modo* de consideración *sociológico* y el *modo* de consideración *jurídico* de un mismo objeto de estudio: el Derecho de una comunidad políticamente organizada en forma de Estado. Ambos modos preguntan por la *validez* y por la *vigencia* de las normas jurídicas que componen ese Derecho. Cuando un sociólogo pregunta si una norma jurídica tiene validez se refiere a la validez  *fáctica*, es decir, a la aceptación por la conciencia social; y cuando pregunta por su vigencia se refiere a la vigencia  *fáctica* de esa norma jurídica, es decir, hasta qué punto es observada y cumplida o es transgredida e incumplida. En cambio, cuando un jurista pregunta por la validez de una norma jurídica, se refiere a si ha sido establecida siguiendo el procedimiento legítimo para hacerlo y si su contenido normativo no contradice lo prescrito en otra norma superior. Y cuando se pregunta si una norma está *vigente* se refiere a si una vez establecida válidamente y cumplidos todos los demás requisitos para su entrada en vigor, sigue estando en vigor por no haber sido derogada. El que de hecho se cumpla o no se cumpla no afecta a la pregunta del jurista. En consecuencia para el *modo jurídico* de consideración de las normas jurídicas es evidente que no se trata de *hechos*, mucho menos de hechos perceptibles, accesibles a la observación y corroborables experimentalmente»<sup>46</sup>.

Es decir, cabe y es posible una Ciencia del Derecho que verse sobre normas y no sobre hechos: la Ciencia no puede reducirse a lo que es cuantificable, medible y numerable, porque si no quedarían excluidas del campo de las ciencias las denominadas «Ciencias sociales».

Sin embargo, aquí se encuentra un problema de fondo que no podemos soslayar, cual es el de entender como objeto de estudio el Derecho de una comuni-

---

<sup>45</sup> Como señala MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Librería Cervantes, Salamanca, 1998, págs. 147 y ss.

<sup>46</sup> MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, *op. cit.*, pág. 149.

dad políticamente organizada en forma de Estado, con lo cual ciertamente se vincula la existencia de la Ciencia jurídica no ya a la propia existencia del Estado, sino también a una cierta manera de concebir lo que es tan sólo una expresión histórica del poder político. Ello nos da la posibilidad de comprender por qué casi todos los autores sólo pueden concebir como objeto de la Ciencia jurídica el Derecho Positivo en cuanto conjunto normativo, en cuanto se trata del único Derecho, que en un sentido actual, precisa de la existencia del Estado para obtener su carácter jurídico.

La segunda de las objeciones contra el pretendido carácter científico de la Ciencia del Derecho se basa en la fugacidad de su objeto, de las normas jurídicas. La solución sería la de señalar que si bien cambian las normas, no cambian los problemas que éstas pretenden resolver y existen por lo demás ciertas cuestiones fundamentales que son siempre las mismas<sup>47</sup>.

La tercera objeción mantiene que sólo cabe una ciencia práctica, pero no una ciencia teórica del Derecho. A esta objeción se contesta señalando que si bien el Derecho posee una indudable orientación práctica, también hay que ver que el Derecho no puede quedar sustraído a un tratamiento científico puramente teórico. Por tanto, es preciso admitir la posibilidad de una ciencia teórica del Derecho, aunque orientada a la praxis jurídica<sup>48</sup>. A esta orientación han pretendido llegar todos los que se han ocupado de la Ciencia jurídica en el seno de la doctrina contemporánea. De esta forma coinciden en subrayar que la Ciencia jurídica ha de ocuparse de los procedimientos lógicos utilizados por los juristas en el trabajo de aplicación y realización del Derecho, o para determinar, interpretar, integrar y conciliar entre sí las reglas de un sistema jurídico<sup>49</sup>. Pero eso no es tanto una Ciencia normativa, sino una Ciencia que trabaja sobre los métodos a través de los cuales se crean, se aplican y se interpretan las normas. Ya hemos mencionado, por lo demás, la variedad de contenidos que parecía asumir el término de Ciencia jurídica, lo que la hace difícilmente objetiva y neutral<sup>50</sup>, como se la suele designar.

La cuarta objeción afirma que la Ciencia del Derecho es una simple técnica. Se trataría de una mera tecnología que proporciona los instrumentos adecuados para hacer frente a las cuestiones jurídicas y da instrucciones para resolverlas de acuerdo con unas pautas previamente establecidas, que son las normas jurí-

---

<sup>47</sup> MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, *op. cit.*, pág. 151.

<sup>48</sup> MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, *op. cit.*, pág. 151.

<sup>49</sup> En este sentido, ELÍAS DÍAZ, *op. cit.*, pág. 254; NORBERTO BOBBIO, *op. cit.*, pág. 99; EUSEBIO FERNÁNDEZ, «Filosofía del Derecho, teoría de la justicia y racionalidad práctica», en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n° 64, 1982, pág. 14.

<sup>50</sup> Sobre la crítica a la neutralidad, ALBERT CALSAMIGLIA, *op. cit.*, págs. 21 y ss.

dicas<sup>51</sup>. Esta objeción la tendríamos que poner en relación con lo señalado anteriormente, es decir, que a la hora de determinar cómo conciben a la Ciencia del Derecho, la doctrina la reduce al campo de una técnica que no tiene ninguna otra pretensión cognoscitiva y que por otra parte se ve sometida a la aceptación del Derecho Positivo. Aunque algunos traten de destacar que es posible realizar una teoría crítica del conocimiento sobre el Derecho, a la hora de la verdad y en tanto que el objeto de este conocimiento es el de los instrumentos, no ya las normas, sino las herramientas con las que ha de trabajar un jurista que por su función ha de estar apegado necesariamente al Derecho Positivo, lo cierto es que finalmente la Ciencia del Derecho no es que se vea obligada a demostrar su carácter científico, sino que tiene que demostrar si es posible su inclusión en el ámbito de la Filosofía del Derecho. Lógicamente esta inclusión se realiza porque previamente se ha renunciado a las condiciones de esencialidad y de universalidad que siempre hemos mencionado como legitimadoras de la tarea de una Filosofía del Derecho que pretenda serlo en realidad.

Pero esta Ciencia del Derecho de que se nos habla no puede ser otra cosa más que un complemento de la anteriormente expuesta «Teoría General del Derecho», puesto que si la materia sobre la que trabaja el jurista es un complejo de reglas de comportamiento, el estudio de las reglas en cuanto tal corresponde a la Teoría General del Derecho y el estudio del contenido de las reglas es lo que constituye la Ciencia jurídica propiamente dicha<sup>52</sup>.

Otro campo temático que se incluye dentro de la Filosofía del Derecho es la Axiología jurídica. Hay que decir que es precisamente en este ámbito donde resulta más abundante y copiosa la bibliografía como prueba palpable de la importancia concedida al tema. Para algunos se trata del verdadero campo de estudio de la Filosofía del Derecho: el problema del valor<sup>53</sup>, la piedra de toque de la legitimidad de la Filosofía del Derecho como disciplina<sup>54</sup>. Se trata, en casi todos los autores de analizar cómo debe ser el Derecho, aunque esa valoración crítica ha de completarse con los estudios realizados por los demás temas de la asignatura.

---

<sup>51</sup> MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, *op. cit.*, págs. 152.

<sup>52</sup> NORBERTO BOBBIO, «Scienza del diritto e analisi del linguaggio», en *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di Uberto Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milano, 1976, págs. 302-303.

<sup>53</sup> En tal sentido, Norberto Bobbio: «Por filosofía del Derecho, en efecto, yo entiendo, la *teoría de la justicia*, es decir, la teoría de ese especial valor que domina la experiencia jurídica y en base al cual el Derecho empírico, histórico o positivo –que en su aspecto formal es objeto de la teoría general del Derecho y en su aspecto material de las ciencias jurídicas particulares– viene valorado y también, si es preciso, transformado». NORBERTO BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, *op. cit.*, pág. 86.

<sup>54</sup> ELÍAS DÍAZ, *op. cit.*, pág. 255.

La cuestión que se plantea a continuación es si este auténtico campo de estudio de la Filosofía del Derecho responde al carácter esencial y universal que es propio de ésta.

La Filosofía del Derecho en tanto que estudio sobre el problema de los valores puede asumir dos formas distintas: por un lado, una mera descripción de los valores a lo largo de la historia y, por otro lado, la propuesta de un criterio de valoración como fundamento para la transformación de la sociedad. Es decir, «un análisis descriptivo que desemboca en una toma de posición ideológica»<sup>55</sup>. Si la Filosofía se presenta como una toma de posición ante la realidad, resulta evidente que entonces la Axiología jurídica permite que esa toma de posición se realice desde el punto de vista de una valoración de la propia realidad.

El problema que se suscita es si en ocasiones no ha primado más la función descriptiva que la posición crítica. Es evidente que si realizamos una toma de posición «ideológica», como señala Bobbio, ante la realidad, el resultado tendrá que ser el compromiso de una Filosofía del Derecho que puede llegar a enfrentarse con esa misma realidad y que en buena lógica trata de conseguir su transformación. Hay algún problema que no es precisamente colateral en este planteamiento, cual es el de las relaciones entre Derecho y Poder<sup>56</sup>, toda vez que en el conjunto de cuestiones proporcionado por los valores jurídicos los autores incluyen el fundamento del Derecho, la legitimidad del mismo, la obligación o no de obedecer al Derecho o si éste es mera expresión de la fuerza, si el Derecho se justifica por los valores que garantiza, etc.<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> NORBERTO BOBBIO, *op. cit.*, pág. 87.

<sup>56</sup> O si se quiere entre Derecho y Estado, puesto que éste es la forma de organización política, como uno de los elementos constitutivos del Poder presente en el momento actual. El Estado es ciertamente un concepto histórico, una forma de organización política concreta que surge en un momento determinado y ante unas circunstancias bien precisas, que, por otro lado, no se dan en todos los países, según han señalado Alvaro d'Ors y Dalmacio Negro, y que permite hablar de otros modelos de organización previos a la existencia del Estado. Sin embargo, el surgimiento del Estado qué duda cabe que tiene su influencia en la concepción de la Filosofía del Derecho. Dice Bobbio que hay un «estrecho parentesco entre la noción de Derecho y la de Estado (que en muchas ocasiones ha conducido a la total reducción del Derecho a una manifestación de la voluntad del Estado). De este parentesco se ha derivado a menudo el tratamiento paralelo de los problemas generales del Derecho y de los del Estado bajo una misma etiqueta: bajo la etiqueta de la filosofía del Derecho, que en consecuencia comprende en estos casos también la materia de disciplinas que podrían ser llamadas con más propiedad —y así han sido llamadas en el proceso de diferenciación sucesivo— filosofía política o teoría del Estado». NORBERTO BOBBIO, *op. cit.*, pág. 92.

Lo cierto es que con independencia de la última matización realizada por el autor italiano, la doctrina suele analizar bajo la denominación de «Filosofía del Derecho» ese tipo de cuestiones al que ha hecho referencia.

<sup>57</sup> EUSEBIO FERNÁNDEZ, *Lecciones de introducción al Derecho*, *op. cit.*, pág. 258.

Pero antes de que nos hagamos ilusiones respecto del papel reservado a la Axiología jurídica, nos encontramos con que se nos advierte que «en el marco histórico del mundo moderno el Ordenamiento jurídico está apoyado en el Poder. El fundamento último de la validez de un sistema jurídico está en el Poder. Cuando hablamos de Poder queremos decir sobre todo, aunque no exclusivamente poder del Estado, que es la forma de organización moderna del poder político. Pero no queremos dar al binomio Derecho-Estado un carácter excluyente. Lo importante de nuestra afirmación es que en la sociedad moderna el Derecho funda su validez en la posibilidad que tiene el poder, en última instancia, en caso de incumplimiento, de imponerlo por la fuerza. Ese poder suele ser el poder del Estado, pero no es una identificación esencial. Puede ocurrir que el poder en una sociedad concreta lo detente un grupo social que no sea el Estado»<sup>58</sup>.

Si el ordenamiento jurídico tiene que apoyarse necesariamente en el Estado para adquirir su validez y su legitimidad, de manera que al final el último criterio que lo justifica es la posibilidad de ser impuesto por la fuerza comprendemos perfectamente las pocas ilusiones que abriga quien así se expresa respecto de la función de la Axiología jurídica, y ello por quien ha sido uno de sus más afanosos cultivadores<sup>59</sup>. La Teoría de la Justicia o Axiología jurídica tiene que partir de ese dato que es, además científico, según se nos advierte, de suerte que efectivamente cualquier toma de posición tendrá que dejar de ser crítica o siquiera valorativa. No se trata de una toma de posición ante la realidad, sino desde la única realidad que se admite, la que viene determinada por el ejercicio de la fuerza como garante de la validez y de la obediencia al Derecho. Desde ese punto de vista no es que se subvierta el significado de la Axiología jurídica,

---

<sup>58</sup> GREGORIO PECES-BARBA, «Reflexiones sobre Derecho y Poder» en *Libertad, poder, socialismo*, Ed. Civitas, Madrid, 1ª ed. febrero 1978, pág. 231. No sabemos qué es peor, si que el Poder lo ostente el Estado sin que el ordenamiento jurídico encuentre otro fundamento que el de su vínculo con esa organización política o que el Poder lo detente un grupo social que no sea el Estado, pero que luego finalmente tiende a absorber al Estado, aparte ya de la connotación negativa de abuso del Poder que se halla implícita en la expresión «detentar».

<sup>59</sup> Así señala que «el correcto enfoque de las relaciones Poder y Derecho condiciona decisivamente la problemática de la axiología jurídica o de la Teoría de la Justicia. Quizás muchos de los errores, producidos en ese campo, derivan de una respuesta poco realista a la problemática de esta relación entre Derecho y Poder. En este caso, como en otros muchos, la filosofía jurídica necesitará partir de problemas resueltos por la ciencia jurídica y por la sociología del Derecho, es decir, con planteamientos desde el plano de la validez y de la eficacia del Derecho. La legitimidad, enfoque filosófico-jurídico, de la relación Poder y Derecho se enlaza así con estos conceptos propios de la ciencia del Derecho –validez– y de la ciencia sobre el Derecho que es la sociología jurídica –eficacia–. Probablemente también los errores aquí se hayan producido por la tendencia de la filosofía jurídica a construir, con independencia y prescindiendo de la ciencia y de la sociología del Derecho, castillos en el aire». GREGORIO PECES-BARBA, *op. cit.*, págs. 220-221.

sino que no comprendemos la necesidad de ese campo dentro de la Filosofía del Derecho, porque para señalar que el último por qué del Derecho termina en una justificación de la fuerza no era preciso acudir a un pretendido estudio sobre el problema del valor. Ya no hay una propuesta de transformación de la realidad, sino un conformismo con la realidad de la que se parte y frente a la cual todo lo demás serán castillos en el aire.

Problema previo en esa construcción habrá de ser el de la legitimidad del Poder, que se resuelve en el seno de una concepción democrática del Poder, que es la única que permite la crítica desde dentro «al ordenamiento jurídico y al cambio del Derecho sin situaciones de ruptura revolucionaria, que sería el único camino en caso de que no existiesen esas reglas de juego»<sup>60</sup>. Sin embargo quien crea las reglas de juego es el propio Poder, en el que necesariamente tiene que apoyarse el Derecho si es quiere tener validez, de manera que en definitiva también el Derecho puede ser utilizado como un instrumento en las manos de quien ejerce el poder que es, al tiempo, la única causa de su legitimación. La eficacia y la validez de un Derecho que aspira a la Justicia o que pretende garantizar ésta solamente se obtienen mediante la fundamentación de dicha validez por parte del Poder. Así, pues, no tiene sentido asumir una posición crítica frente a la realidad si es que no se cuenta previamente con el Poder suficiente para imponer una determinada transformación de la realidad. En cualquier caso, el Poder será siempre el «hecho fundante básico», fundamento último de la validez del Derecho y garantizador de su eficacia<sup>61</sup>, y en relación con esa idea representa un problema el entender que «la teoría de la justicia como parte (ética) central de la filosofía jurídico-política es ante todo, y desde esas exigencias, una crítica, interna y externa, de los sistemas de legitimidad (aunque también después, de manera derivada, una crítica, asimismo interna y externa, de los sistemas de legalidad)»<sup>62</sup>.

Hemos dicho que en la Axiología jurídica el problema del Poder y de sus relaciones con el Derecho no era un problema colateral, sino sustancial, toda vez que además el carácter crítico de la Axiología o Teoría de la Justicia viene determinado por una cuestión de fondo, cual es la del vínculo entre legitimidad y legalidad: «Implica, por tanto, en última instancia, un debate de fondo y una decisión sobre la justificación ética de la legalidad, expresión de la jurídica

---

<sup>60</sup> GREGORIO PECES-BARBA, *op. cit.*, pág. 237.

<sup>61</sup> GREGORIO PECES-BARBA, «Nota sobre la justicia» en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Epoca, Tomo I, Madrid, 1984, págs. 251-263, la cita en pág. 259

<sup>62</sup> ELÍAS DÍAZ, «Notas («concretas») sobre legitimidad y justicia», en los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 28, págs. 259-269, la cita en pág. 260.



normatividad, y sobre la justificación ética de los valores alegados en unos u otros criterios de legitimidad»<sup>63</sup>.

Siendo éste el problema de fondo, es evidente que nos encontramos ante otra cuestión si la Axiología jurídica se limita entonces «a poner al jurista en contacto con las matrices culturales de las que todo ordenamiento jurídico —y por tanto también aquél al que él se ha dedicado particularmente— se deriva y le vuelve más sensible a la comprensión de los distintos condicionamientos ideológicos del sistema jurídico que él debe interpretar»<sup>64</sup>, su labor viene mediada por el Derecho Positivo que analiza y en cuyos condicionamientos ideológicos tiene que moverse. Si quiere llegar a un resultado final en el que nos encontremos ante una verdadera toma de posición ante la realidad, la Filosofía del Derecho debería retomar el problema del Derecho Natural.

Cierto es que la Filosofía del Derecho nace en oposición al Derecho Natural, pero la misma evolución jurídica puede modificar ese planteamiento inicial. El pensamiento jurídico moderno recibió como herencia la crítica al Derecho Natural, pero con ello también el problema del Derecho natural, lo cual implica la inclusión del tema axiológico dentro de la Filosofía del Derecho, del problema de la justificación del Derecho, de la doctrina acerca de lo justo y de una teoría de la justicia<sup>65</sup>, pero de una teoría auténticamente crítica y que por serlo no se agota en la manifestación del Derecho Positivo.

La Filosofía del Derecho no puede, consiguientemente, renunciar a incluir en su estructura temática el problema del Derecho Natural, lo que vendría a otorgar a la Axiología jurídica esos caracteres de universalidad y esencialidad que le son precisos, y no puede renunciar a ello so pena de renunciar a hacer «filosofía», a llevar a cabo una concepción teórica acerca de los principios del orden jurídico, sujeta a todas las posibilidades de verdad y error de toda filosofía<sup>66</sup>. No falta lógicamente quien considera que los problemas filosófico-jurídicos a los que la tradición iusnaturalista ya tuvo que enfrentarse —como la relación entre justicia, validez y eficacia, las fuentes del Derecho, la aplicación y la interpretación jurídica, la argumentación jurídica, etc.— solamente

---

<sup>63</sup> ELÍAS DÍAZ, *Ética contra Política. Los intelectuales y el poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 19.

Sobre la relación entre legalidad y legitimidad, ver mi libro *Legalidad y legitimidad: la teoría del poder*, Ed. Actas, 2ª ed., octubre, 1991. Y sobre el sentido de dicha relación en España, «La conculcación del Estado de Derecho. Legalidad versus Legitimidad», en el volumen colectivo sobre *El Estado de Derecho en la España de hoy*, Ed. Actas, Madrid, 1996, págs. 237-262.

<sup>64</sup> NORBERTO BOBBIO, *op. cit.*, cit., 101.

<sup>65</sup> LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *op. cit.*, pág. 35.

<sup>66</sup> LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *op. cit.*, pág. 321.

pueden ser tratados adecuadamente desde un nuevo paradigma teórico<sup>67</sup>, aunque ello implique reconocer que los temas objeto de reflexión son los mismos que ya fueron analizados por el iusnaturalismo clásico o tradicional y que en última instancia nada parece haber cambiado en el objeto de investigación, porque éste sigue siendo el ser del Derecho y el último porqué al que se orienta el Derecho<sup>68</sup>.

Tampoco falta quien sostenga que se ha producido una recuperación del iusnaturalismo clásico, tanto «por el carácter práctico del mismo, como realidad abierta a las circunstancias espacio-temporales, y por tanto, en definitiva, a la historia» y por «la disolución del falso problema creado por el racionalismo, acerca de la pretendida existencia de dos órdenes normativos contrapuestos: el natural y el positivo»<sup>69</sup>.

Este planteamiento, el de incluir el problema del Derecho Natural en el conjunto los temas propios de la Filosofía del Derecho, no deja de ser una excepción en el panorama actual, y ello en un momento en el que la Universidad española ha optado por su desaparición y su sustitución, como materia troncal, en el primer ciclo de la Licenciatura de Derecho, por otra asignatura denominada «Teoría del Derecho», que incluiría el siguiente programa: El Derecho como forma de organización y como sistema normativo. La Ciencia del Derecho. Teoría del Derecho: la norma jurídica y el sistema jurídico. Interpretación y aplicación del Derecho. Conceptos jurídicos fundamentales. Los problemas del Derecho justo y la eficacia del Derecho.

A su vez la asignatura denominada Filosofía del Derecho, también materia troncal en el segundo ciclo de la Licenciatura, abarcaría el siguiente programa: El fenómeno jurídico. Ontología y axiología jurídica. Problemas filosóficos del Derecho.

Como vemos lo que se hace es duplicar la presencia de la Filosofía del Derecho en dos cursos distintos, ante el abandono paulatino por parte de los mismos docentes de la asignatura «Derecho Natural». Algún autor ha hecho constar su crítica a la denominación de «Teoría del Derecho», toda vez que ésta «es más bien parte de la Filosofía del Derecho y con ese signo ha nacido, y que además va a permitir que cada uno siga enseñando lo que le venga en gana, que de ordinario será lo mismo que enseñaba antes»<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> EUSEBIO FERNÁNDEZ, «El Iusnaturalismo», en *El derecho y la justicia*, *op. cit.*, págs. 55-64, la cita en págs. 56-57.

<sup>68</sup> Ver mi libro, *Del Poder y la Justicia*, Vol. 1 *El sentimiento de la Justicia*, Ed. Actas, Madrid, 1997.

<sup>69</sup> JESÚS BALLESTEROS, *op. cit.*, pág. 103.

<sup>70</sup> MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, *op. cit.*, pág. 12. Aboga de paso por otra denominación, la de «Introducción a la Ciencia del Derecho».

No sólo desaparece el rótulo de «Derecho Natural», sino que se elude cualquier referencia al mismo, aunque fuera mínima, en la breve descripción del contenido de cada una de las materias. La cuestión de fondo no es la de mantener el título, sino la de realizar una visión distinta sobre el Derecho que no es posible aprender en los cuerpos legislativos y que supone una delimitación de la voluntad del legislador estatal. Se trata principalmente de un cambio de actitud ante el Derecho, una actitud de la cual ya viene imbuida la Filosofía del Derecho que hemos analizado, la Filosofía del Derecho contemporánea.

Decía Fichte que se hace Filosofía según la clase de filósofo que se es. Pues bien, nuestra Filosofía ha decidido dejar fuera de su visión sobre el Derecho las «estructuras permanentes» del mismo, pero también se ha abandonado con ello la posibilidad de contribuir a la formación de generaciones que serán educadas, rehuyendo la enseñanza ciceroniana, más que en los caminos de la Justicia en aquellos caminos que enseñan el arte de litigar.