

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL “PARA QUÉ” DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

SOME THOUGHTS ON THE “RAISON D’ÊTRE” OF THE PHILOSOPHY OF LAW

Recibido: 7/05/2019 – Aceptado: 11/08/2020

Gabriel R. Juan¹

Universidad Nacional de Cuyo (Argentina)
grjuan@derecho.uncu.edu.ar

1 Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Mendoza). Abogado especialista en Derecho Constitucional (Universidad de Salamanca). Abogado especialista en Derecho de Daños (Universidad Nacional del Litoral). Adscripto a la cátedra Filosofía del Derecho (Facultad de Derecho–Universidad Nacional de Cuyo). Miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (AAFD). Presidente de la Comisión de Filosofía del derecho y Ética del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza..

Resumen

Con base en una determinada posición teórica que defiende una Filosofía del Derecho de y para juristas, en este artículo de naturaleza introductoria a la asignatura intento presentar y explicar en forma breve cuál sería su finalidad. Para cumplir con ese objetivo analizo tres ejes: el primero consiste en precisar cuál es la filosofía del derecho que puede resultar de mayor interés y utilidad para el operador jurídico; el segundo, en describir –y por lo tanto delimitar– cuál es el contenido de la materia; y, el último, en explicar también en forma sintética el alcance del fenómeno del Constitucionalismo, cuyo análisis parece ineludible, dada su vigencia e influencia en la realidad jurídica contemporánea.

Palabras clave: Teoría y ciencia del derecho; Teoría de la justicia; Filosofía del derecho; Constitucionalismo; Derechos humanos.

Abstract

In this introductory article based on a theoretical perspective that supports the Philosophy of Law by and for jurists, I present and explain its purpose. In order to do it, I shall analyse three main points: the first one is to specify the philosophy of law that may be considered of greatest interest and usefulness for legal operators; the second point is to describe and therefore establish a framework for the content of the subject matter; and finally, to briefly explain the scope of the phenomenon of Constitutionalism, whose analysis seems unavoidable, taking into account its relevance and influence on contemporary legal reality.

Keywords: Theory and Science of Law; Theory of Justice; Philosophy of Law; Constitutionalism; Human Rights.

Sumario

1. Introducción
2. El punto de partida: una Filosofía del derecho de juristas
3. El contenido de la materia
 - 3.1 Teoría del derecho
 - 3.2 Teoría de la ciencia del derecho
 - 3.3 Teoría de la justicia
4. El constitucionalismo y los derechos humanos
5. Algunas últimas reflexiones
6. Bibliografía

1. Introducción

Como bien se señala, el concepto “derecho” es empleado de distintas formas en contextos de discurso diferentes. Así se verifica conforme su uso sea realizado por distintas personas, por ejemplo, por abogados, jueces, juristas teóricos, filósofos morales o políticos, sociólogos, antropólogos, historiadores, economistas, etc. “Algunos de estos discursos parecen ser teóricos y especulativos, otros teóricos pero con implicancias prácticas, otros puramente prácticos”².

Lo dicho orienta a la admisión de una posición “convencionalista” del término, lo que implica aceptar una pluralidad de conceptos de derecho (y de nociones relacionadas). La consecuencia de ello radica en que la evaluación de las características y propiedades de la noción deba realizarse conforme las finalidades y necesidades del contexto del discurso del que trata³.

Por lo tanto, parece razonable que cualquier introducción a la filosofía de tal “derecho”, lo sea a través de la identificación de su finalidad, de su “para

2 NINO, Carlos. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014, pág. 35.

3 *Ibidem*, pág. 38.

qué”. Para desentrañar el objetivo propuesto (identificar la finalidad de la disciplina) tomaré tres ejes de análisis: el primero consiste en precisar cuál es la filosofía del derecho que puede resultar de mayor interés y utilidad al operador jurídico; el segundo, en describir y por lo tanto delimitar cuál es el contenido de la materia; y, el último, en explicar brevemente el fenómeno del Constitucionalismo, cuyo análisis parece ineludible, en razón de su vigencia actual como realidad jurídica contemporánea.

2. El punto de partida: una filosofía del derecho de juristas

La clasificación realizada por Bobbio⁴, que distingue entre una “filosofía del derecho de los filósofos” y otra “filosofía del derecho de los juristas” es el punto de partida de las reflexiones que siguen.

La primera opción piensa la filosofía del derecho desde la filosofía general. En este caso, lo jurídico es una parte menor del material de análisis. Se trata de una “filosofía aplicada” de alguna concepción de la filosofía general (kantiana, hegeliana, tomista, etc.), donde el conocimiento del derecho es vago o superficial. La otra alternativa, la filosofía del derecho de los juristas, es la que se origina en el derecho, otorgándole un lugar central a la experiencia jurídica. Es una actividad propia de los juristas⁵. La finalidad de esta última perspectiva no radica en la construcción de un “sistema”, sino en analizar una serie de problemas, para lo cual recurre al auxilio de ideas o al instrumental de la filosofía⁶. Parece evidente que esta última opción es la que genera mayor interés en los actores (operadores) jurídicos, no solo por la proximidad cognitiva del fenómeno jurídico, sino también por su importancia práctica, por su mayor utilidad.

Si se deja a salvo alguna precisión teórica (por ejemplo, lo relacionado con

4 BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid: Debate, 1990.

5 DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto. “La construcción temática de la filosofía del derecho de los juristas”. En: *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* 4. 2010. pág. 172. [Fecha de consulta: 01/11/2019]. Disponible en: <https://www.juridicas.unam.mx/>

6 ATIENZA, Manuel. “La filosofía del derecho como filosofía regional”. Ponencia presentada en el I Congreso de filosofía del derecho para el mundo latino. 2016. pág. 4. [Fecha de consulta: 29/11/2019]. Disponible en: <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponencia%20Atienza.pdf>.

la “unidad de la experiencia”, sobre la que se vuelve enseguida, en el párrafo siguiente), en esta última visión también se enrola Antonio Pérez Luño, quien la llama: “filosofía de la experiencia jurídica”. Este autor coincide en que, desde un punto de vista *subjetivo*, la filosofía del derecho puede ser estudiada válidamente tanto por filósofos como por juristas. No obstante, las necesidades de unos y otros son diferentes, como lo es también el *modus operandi*. Así, el jurista-filósofo se plantea “filosóficamente” determinadas problemáticas de Derecho en el tiempo en que la ciencia jurídica no brinda respuestas sobre determinados conceptos fundamentales (en rigor, no puede darlas o no corresponde que lo haga dado que se basa en ellos, los presupone); tal es lo que sucede cuando se intenta desentrañar el sentido de las nociones de derecho subjetivo, proposición normativa, deber jurídico, responsabilidad, entre otras. Lo mismo ocurre cuando se pregunta respecto de las motivaciones. En cambio, el filósofo-jurista encara la filosofía del derecho preguntándose qué papel le asigna a la realidad jurídica en su sistema general. Es decir, antes que el derecho, mira cómo se concreta la experiencia humana en el derecho. En relación con el método, el jurista-filósofo asume un enfoque analítico, divide y distingue los problemas sometidos a examen otorgándole a la mirada histórica un carácter accesorio, mientras que el filósofo-jurista se orienta a la síntesis, en la que prevalece el planteamiento histórico⁷.

Desde una visión *objetiva*, el filósofo-jurista concibe a la filosofía del derecho como una filosofía aplicada, esto es, proyecta el sistema general a la problemática jurídica, piensa en una filosofía *sobre* el derecho antes que en una filosofía *del* derecho. Por su lado, el jurista-filósofo parte de una “filosofía regional” (no general), lo que implica aislar la experiencia jurídica de otras, tarea que encuentra su justificación en la autonomía del derecho respecto de otros órdenes normativos. Ahora bien, sobre este punto, cabe retomar la advertencia diferida respecto de la precisión teórica “unidad de la experiencia”, de la que habla Pérez Luño. El jurista-filósofo no debe olvidar que la experiencia humana se integra con la experiencia jurídica. De allí que no sea conveniente sostener una visión atomística o por compartimientos estancos de la realidad, pues, de

7 PÉREZ LUÑO, Antonio. *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la Experiencia Jurídica*. Sevilla: Mergablum. Edición y Comunicación, 1998. págs. 76-78.

ser así, se dificultaría la comprensión totalizadora de dicha experiencia jurídica. Por lo tanto, la filosofía de la experiencia jurídica implica "partir de la unidad integral de lo inmediato y a través de ella y de la verificación de los valores vividos en las diferentes civilizaciones y épocas, arribar a la especificación de la experiencia jurídica"⁸.

Esta noción de "filosofía regional" también está presente en la visión de Manuel Atienza. A fin de conceptualizarla, este autor parte de la siguiente idea: la filosofía del derecho no está construida "desde arriba" ni tampoco "desde abajo" (puede entenderse en la clasificación de Bobbio: la de los filósofos y la de los juristas, respectivamente), sino "desde el medio". De allí que sostenga que la función esencial de los filósofos del derecho es la de actuar como "intermediarios" entre distintos *saberes y prácticas*: las jurídicas, por un lado, y las restantes sociales, incluida la filosofía, por el otro. Empero, la filosofía del derecho no se agota con exclusividad en el conocimiento de dichos saberes y prácticas jurídicas y sociales; antes bien, su campo de actuación está en las *relaciones* entre diversos sectores de la cultura, en las fricciones y vacíos que son consecuencia de su propio funcionamiento. Lo dicho es lo que permite caracterizar el tipo de saber de la disciplina: totalizador, racional, crítico, práctico y útil. En palabras del autor:

"Por eso, la filosofía del Derecho puede tener la pretensión de ser un saber totalizador, en la medida en que su punto de partida y de llegada sean esos otros saberes y prácticas, es decir, en la medida en que no se resuelva en especulación cerrada en sí misma; racional, siempre y cuando no pretenda configurarse como un conocimiento de tipo superior al de los otros saberes, dirigido a desentrañar la 'esencia verdadera', las 'causas últimas' del Derecho; crítico, pero desde una perspectiva que no coincida con la de quienes se sitúan en el interior de cada una de esas parcelas, pues el filósofo del Derecho puede y debe cuestionar los marcos establecidos, lo cual, como hemos visto, le está vedado al que opera exclusivamente desde el interior de una determinada ciencia o técnica (que, naturalmente, no renuncia a la crítica, sino que la ejerce de una manera distinta); y, en fin, práctico y útil –aunque su practicidad tenga que ser menos inmediata que la de la ciencia

8 *Ibidem*, págs. 78-82.

o la técnica— en la medida en que logre dirigir o, por lo menos, facilitar los intercambios entre los saberes y prácticas”⁹.

Ahora bien, si quien emprende un análisis iusfilosófico decidiese prescindir de esta posibilidad “intermedia” y optara en cambio por sostener el esquema originario (el de Bobbio), cabe resaltar que la posición “desde abajo” no implica una condición de subalternidad, pues el carácter totalizador incluye la noción “intercategorial”. Es decir, si el análisis comienza desde la realidad jurídica solo significa una forma de efectuar el recorrido iusfilosófico que arranca “de los materiales jurídicos, de los problemas que surgen de la práctica del Derecho, para remontarse luego a la filosofía —sacando provecho de alguna idea, esquema, método de análisis, etc. filosófico— y regresar de nuevo al Derecho”¹⁰.

De manera que una *filosofía regional* debe entenderse como una filosofía de los juristas, que en modo alguno atenta contra la universalización o totalización del razonamiento filosófico general. La totalización de la filosofía del derecho de los juristas no significa un discurso referido a un todo (ni a todo lo que existe, en general, ni a todo el Derecho), “sino un discurso con vocación de traspasar las fronteras de una ciencia, técnica, práctica... o de varias de ellas, con vocación de interdisciplinariedad... y de mestizaje. Y esa actividad transfronteriza

9 ATIENZA, Manuel. *Introducción al derecho*. 4ª reimp., México: Fontamara, 2007. pág. 333.

10 Lo mismo puede predicarse de otros autores postpositivistas. En palabras de Atienza: “Y otro tanto, o incluso más, podría decirse en relación con autores a los que suele encuadrarse dentro del constitucionalismo jurídico o postpositivismo de nuestros días, como Robert Alexy, Carlos Nino o Ronald Dworkin. Las nociones de discurso y de razón práctica son centrales en la obra de Alexy, pero es obvio que no son exclusivos del Derecho; él los toma de la filosofía general, los reelabora para tratar con ciertos problemas jurídicos y los “devuelve”, podríamos decir, al campo general de la filosofía con un “valor añadido” que, también en este caso, parece absurdo no aprovechar. El propósito de Nino fue, centralmente, el de construir puentes entre el Derecho, la moral y la política, precisamente porque él pensaba que el Derecho y el razonamiento jurídico no podían entenderse como fenómenos insulares. Y en la última obra publicada por Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, este habría llevado a cabo un cambio en relación con su forma anterior de pensar el Derecho, de manera que ahora el Derecho tendría que ser entendido nada menos que como “una rama de la moralidad política” (ATIENZA, Manuel. “La filosofía del derecho como filosofía regional”. Op. cit., pág. 9).

que es la filosofía puede practicarse, a su vez, con mayor o menor pretensión de sistematicidad"¹¹.

En suma, la filosofía del derecho no solo es un saber totalizador, racional y crítico, sino también –fundamentalmente– práctico y útil. Desde luego, esta finalidad práctica se vincula con otro tipo de saber práctico y útil diferente a la del dogmático, en razón de que la filosofía jurídica no presupone determinadas categorías con las que este último trabaja, sino que las problematiza. La solución a la cuestión jurídica planteada –o su intento– y su posible justificación se presentará así enriquecida, dada esta especial racionalidad totalizadora que permite la filosofía del derecho de juristas; filosofía regional, desde abajo, con intención intermediaria.

3. El contenido de la materia

Las tres grandes esferas temáticas que le competen a la filosofía del derecho son las siguientes: a) teoría del derecho, b) teoría de la ciencia jurídica y c) teoría de la justicia.

Dicho de otra manera, de igual modo a lo que sucede con la indagación filosófica general, la filosofía del derecho también se ocuparía de reflexionar sobre el *ser*, el *conocer* y el *deber ser*, en nuestro caso, del derecho¹². Si se prefiere, de la ontología, la epistemología y la axiología jurídicas.

Robert Alexy lo piensa en términos de naturaleza de la disciplina. Parte del enunciado que tanto la filosofía general como la filosofía del derecho comparten la propiedad de la reflexividad.

“La filosofía es reflexiva, porque es razonamiento acerca del razonamiento. La filosofía es razonamiento acerca del razonamiento, porque su objeto, la practica humana de concebir el mundo, por uno mismo y por los demás, de un lado, y la acción humana, del otro, está determinado esencialmente por razones”¹³.

11 ATIENZA, Manuel. “La filosofía del derecho como filosofía regional”. Op. cit., pág. 10.

12 PÉREZ LUÑO, Antonio. Op. cit., pág. 28.

13 ALEXY, Robert. “La naturaleza de la filosofía del derecho. trad. Carlos Bernal Pulido”. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 2003, núm. 26, pág. 147.

Siendo así, la concepción del mundo lo es respecto de lo que existe, mientras que la acción presupone una concepción de lo que debe hacerse o de lo que es bueno. En el primer caso nos situamos en el ámbito de la ontología, en el segundo en el de la ética. Pero la práctica humana no solo se basa en estas dos cuestiones, sino que trata también de justificar nuestras creencias sobre lo que existe o debe hacerse o es bueno. Para Alexy, esto último define a la epistemología. En suma, “La filosofía intenta hacer explícitas las suposiciones ontológicas, éticas y epistemológicas implícitas en la práctica humana”¹⁴. En relación con la filosofía del derecho y la posibilidad de su coherencia justificativa dice el autor:

“La filosofía del derecho, en cuanto filosofía, es una reflexión de índole general y sistemática, y tiene, exactamente como la filosofía en general, una dimensión normativa, otra analítica y otra holística. Su *differentia specifica* consiste en su objeto: el derecho. La filosofía del derecho no se dirige en general a las preguntas acerca de lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno, o lo que puede conocerse, sino a estas preguntas en relación con el derecho. Plantear estas preguntas en relación con el derecho es preguntar por la naturaleza del derecho. Esto parece llevar, desde luego, a definir a la filosofía del derecho como razonamiento acerca de la naturaleza del derecho”.

No obstante, esto último parece ocasionar un problema. Se trata de un problema de circularidad que resulta del hecho de que, por una parte, la filosofía del derecho no puede definirse sin usar el concepto de derecho, mientras que, por otra parte, en cuanto razonamiento acerca de la naturaleza del derecho, tiene la tarea de explicar que es el derecho. ¿Cómo puede la filosofía del derecho comenzar a explorar que es el derecho, si es imposible decir que es la filosofía del derecho sin saber de antemano que es el derecho? Con todo, esta circularidad no es viciosa sino virtuosa en su carácter. No es nada distinto a una versión del círculo hermenéutico, y debe resolverse como todas las variantes de este círculo: se comienza con una precomprensión sugerida por la práctica establecida y luego se elabora esta última mediante una reflexión crítica y sistemática¹⁵.

14 ALEXY, Robert, Op. cit., pág. 148.

15 *Ibidem*, págs. 149-150.

Para Elías Díaz, la filosofía es una totalización racional y crítica de la positividad. Trasciende lo empírico de manera crítica; va más allá de los hechos, "pero procediendo en todo caso a través de ellos y siempre con el propósito de comprenderlos más plenamente"¹⁶. Dada la fragmentación de las ciencias, en primer término, la filosofía asume la tarea de reconstruir la perspectiva de coordinación, de interdisciplinariedad, de globalidad o de totalidad, función que estará siempre sujeta a revisión. Ello se logra mediante un análisis racional de los fundamentos, estableciendo criterios de organización de los hechos y de las propias categorías, que se erigen, ya en segundo lugar, como presupuestos de comprensión. Por último, la filosofía realiza un enjuiciamiento o valoración crítica de los hechos empíricos. Estos tres postulados pueden ser trasladados a la filosofía del derecho. Así, los dos primeros corresponderán al campo de la razón teórica (epistemología y ontología), mientras que el último al de la razón práctica (axiología, ética)¹⁷. En palabras del autor:

"Trascender críticamente la empírica facticidad significa en aquella –la Filosofía jurídica– ir más allá, poniendo previamente en cuestión tanto el concreto hecho normativo con el que trabaja la Ciencia (Dogmática) del Derecho como el hecho (jurídico) social que investiga la Sociología del Derecho y el hecho (jurídico) temporal que estudia la Historia del Derecho. Así, con la reflexión sobre esas y otras ciencias jurídicas, con el debate sobre los conceptos, categorías y paradigmas que organizan y dan sentido a las normas y a sus referidas dimensiones, con... la valoración de éstas desde el deber ser que propone la justicia, es como se constituye la Filosofía del Derecho –recupero la concordante definición– en cuanto totalización racional y crítica de las plurales dimensiones de la positividad jurídica"¹⁸.

La racionalidad crítica en filosofía jurídica, entonces, lo es tanto de los distintos hechos jurídicos concretos de los que se parte, como de la intentada totalización. Se trata de un "ejercicio teórico–práctico de la crítica del derecho

16 DÍAZ, Elías. *Curso de Filosofía del Derecho*, Madrid. Marcial Pons, 1998, pág. 176.

17 DÍAZ, Elías, *Curso de Filosofía del Derecho*, Op. cit., págs. 183–184.

18 *Ibidem*, págs. 184–185.

positivo”¹⁹, cuyo análisis lo guía el valor justicia, que incluye los de libertad, igualdad y solidaridad.

De manera que, para Díaz, la filosofía del derecho se ocupa en forma prioritaria de la teoría de la justicia y, desde ella, de cuestiones metaéticas, conceptos, juicios de valor y problemas propios de la ética material (argumentación, articulación y fundamentación de los juicios de valor); en segundo término, de la teoría del derecho, es decir, a partir de una teoría ética de la justicia se encarará el análisis crítico de los sistemas (normas, conceptos, instituciones); y el tercer tema propio de la filosofía del derecho consiste en desentrañar el sentido del aporte de las otras disciplinas, su delimitación, coordinación y comunicación entre las ciencias jurídicas²⁰.

Cabe aclarar que tanto la “dogmática” (ciencia del derecho) como la “teoría del derecho” también cumplen de alguna manera la función de sistematización, interpretación y valoración del derecho vigente (o una porción de él, en el caso de la dogmática, por ejemplo, la doctrina penal, civil, constitucional, entre otras). Ello es cierto, pero la diferencia con la filosofía del derecho radica en que realiza esta función específica con una “perspectiva más universal y profunda, indagando sobre los fundamentos últimos de las realidades jurídicas”²¹. Además, asume un rol de coordinación y comunicación entre las demás disciplinas jurídicas, como por ejemplo la sociología del derecho, la historia del derecho, la antropología jurídica, la lógica jurídica, la argumentación jurídica, entre otras, que influye de manera significativa en sus conclusiones. Esta tarea no la cumple la dogmática ni la teoría del derecho (tampoco el derecho comparado), siendo estas últimas “disciplinas de las que se ocupan en exclusiva los juristas, y que no pueden reconducirse al campo de ninguna otra especialidad no jurídica”²². Con criterio visual, Arthur Kaufmann explica que la dogmática

19 *Ibidem*, pág. 185.

20 Es decir: “teoría de las ciencias jurídicas, teoría (crítica) del Derecho, teoría (ética) de la justicia –no estorban ni confunden, creo, los términos que van ahí entre paréntesis– serían... los temas básicos, los problemas más relevantes que constituyen y componen la actual Filosofía del Derecho” (*Ibidem*, págs. 186–187).

21 SANTIAGO, Alfonso. “Filosofía del derecho constitucional: perspectiva continental”. En: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del derecho*. México: Universidad Autónoma de México, 2015. Vol. 3, Cap. 51, pág. 1815.

22 ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. 5ª imp. Barcelona: Ariel, 2017. pág. 254.

jurídica trabaja argumentativamente de manera intrasistémica, mientras que la filosofía del derecho lo hace de forma transistemática²³

De allí que se sostenga que el filósofo del derecho, sea que parta desde abajo (en la clasificación de Bobbio) o que lo haga desde el medio (en la posición de Atienza), de una u otra manera se erige como "una especie de intermediario entre las prácticas y los saberes jurídicos, por un lado, y el resto de las prácticas y de los saberes sociales, por el otro"²⁴. Así es entonces como la filosofía del derecho aporta una visión totalizadora del fenómeno jurídico, a partir de su función crítica (de conceptos y métodos) y orientación práctica (entendiéndosela en ocasiones en sentido negativo, esto es, señalando lo que *no* debe ser el derecho o cómo *no* debe construirse el conocimiento jurídico).

En resumen, las preguntas centrales de análisis crítico de la filosofía jurídica son las siguientes: a) ¿qué es el derecho? (ontología, teoría del derecho); b) ¿cómo se puede conocer? (epistemología, teoría de la ciencia jurídica); y c) ¿cómo debería ser? (teoría de la justicia)²⁵. Nos enfrentamos así a una disciplina que persigue una comprensión totalizante del fenómeno jurídico²⁶.

Si se relacionan estas reflexiones con lo expuesto en el apartado anterior, esto es, pensar la filosofía del derecho desde los juristas, se evitará arrinconar el derecho y la experiencia jurídica, que es lo que al parecer sucede con la

23 KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Villar Borda, Luis y Montoya, Ana María (trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, pág. 40.

24 ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Op. cit., págs. 261-262.

25 Ídem.

26 En honor a la verdad, se destaca que algunos autores defienden otro concepto de filosofía del derecho. Por ejemplo, para Rafael Hernández Marín, se debe distinguir entre "filosofía del derecho en sentido estricto" (o "filosofía del derecho"), cuyo objeto de estudio es el derecho en tanto fenómeno aislado, y "filosofía socio-jurídica", que contempla el derecho como un fenómeno social, relacionado con otros fenómenos sociales. Para este autor, la "filosofía del derecho" estudia: a) la "teoría general del derecho" (las normas jurídicas consideradas en forma aisladas, esto es, una "teoría general de las normas jurídicas", por un lado, y las relaciones entre las normas o "teoría del ordenamiento o sistema jurídico", por el otro), y b) la "teoría de la ciencia jurídica" (o sea, la dogmática). (ver: HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. "Concepto de Filosofía del Derecho". En: *Anuario de Filosofía del Derecho X*. 1993, pp. 175-190).

perspectiva de los filósofos²⁷, cuyo abordaje no es regional, sino general. En esta inteligencia, a continuación, se describen en forma sintética los ejes temáticos concretos de cada una de las esferas aludidas.

3.1 Teoría del derecho

Dado que el objeto de conocimiento de la ontología jurídica o teoría del derecho es el *ser* del derecho corresponde partir de su determinación conceptual.

Es decir, el análisis crítico gira alrededor del concepto de derecho y de sus nociones relacionadas, tales como norma jurídica, sistema jurídico, validez, obligación jurídica, derecho subjetivo, responsabilidad, etc. Como ya se anticipó, aceptar un enfoque convencionalista del concepto de derecho importa admitir la existencia de una pluralidad de tales nociones, que se utilizan en distintos contextos de discurso. Algunos son descriptivos, otros normativos y otros de naturaleza mixta; los primeros se refieren a estándares que *son* reconocidos (conceptos descriptivos realista –Ross–, sistemático –Alchourrón y Bulygin– o institucional –Hart, Raz–), los segundos a los estándares que *deban ser* reconocidos (concepto normativo de *lege ferenda*), mientras que los últimos, los de naturaleza mixta, se vinculan a ambos estándares, es decir, tanto a los que son reconocidos como a los que deban ser reconocidos por el aplicador (Dworkin)²⁸. Una mención aparte merece la consideración de un concepto normativo *hipotético* del derecho (Kelsen), que se funda en una norma básica que cumple una doble función; por un lado, permite visualizar el sistema jurídico como normativo y, por el otro, como lo explica Nino, “el recurso a una norma básica evita que el empleo de este concepto para identificar al derecho conduzca a la adopción de normas extrajurídicas, sobre todo de índole moral, gracias al carácter hipotético con que tal norma básica es aceptada...”²⁹.

Considerado lo expuesto, y en tanto se admite que la teoría del derecho es una de las esferas que integran la reflexión iusfilosófica, habrá de concederse que en la determinación del contenido de la teoría del derecho participen también

27 DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto. Op. cit., pág. 178.

28 NINO, Carlos. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Op. cit., págs. 37-42.

29 *Ibidem*, pág. 42.

las características “problematicidad” y “criticidad”, inherentes a la filosofía del derecho de los juristas. Como ya se anticipó, el punto de partida de los “problemas”, sean éstos individuales o colectivos, surgen de la propia “experiencia jurídica”. La dimensión “crítica”, por su parte, trabaja sobre las concepciones del derecho, es decir, cuestiona si éstas son o no correctas³⁰.

Con base en lo expuesto, una de las formas de problematizar críticamente la experiencia jurídica puede ser la expuesta por Herbert Hart. Este autor refiere que existen tres problemas recurrentes en el momento de definir qué es el derecho o cuál es su naturaleza. Los dos primeros se vinculan con la *obligatoriedad* de realizar ciertas conductas, ya sea porque el sujeto actúa para no recibir una sanción (órdenes respaldadas por sanciones), ya sea que lo hace porque deriva de un mandato moral, que encuentra respaldo en la noción de justicia. El tercer problema lo ubica en torno a las *reglas*: ¿qué son?, ¿existen?, ¿los tribunales la aplican o solo dicen que la aplican? Cuando esta noción es cuestionada aparece el otro problema que comprende lo que Hart denomina la “perplejidad del derecho”³¹.

Para Bobbio, el contenido de la Teoría del derecho (TD) se asimila de alguna manera con la Teoría del ordenamiento jurídico (TOJ), en tanto sostiene que el derecho solo puede entenderse a partir de un conjunto de normas (que integran un sistema y constituyen una totalidad) y no por una norma aislada. Así, la TD estudia: a) su composición, esto es, el concepto de norma y los distintos tipos; b) la formación, o sea, las fuentes del derecho; c) la unidad (validez y norma fundamental); d) plenitud, es decir, lo vinculado a las lagunas y su integración; e) la coherencia (antinomias y posibilidad de su eliminación); y f) las relaciones entre los distintos ordenamientos³².

En otra obra, este mismo autor aclara que las normas jurídicas nunca existen solas, sino en un contexto donde se relacionan. De allí que tanto la Teoría de la norma jurídica (TNJ) que estudia la norma en forma aislada, como la Teoría del ordenamiento jurídico (TOJ) que lo hace en forma conjunta o como

30 DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto. Op. cit., pág. 179.

31 HART, Herbert. *El concepto de Derecho*. Carrió, Genaro R. (trad.) Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. págs. 7–10.

32 BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. Op. cit., pág. 98.

complejo, conforman una Teoría del derecho (TD) completa. Y, agrega, si bien existen numerosos estudios que se refieren a la naturaleza de la norma jurídica, no sucede lo mismo en relación con los problemas que importa la existencia del ordenamiento jurídico. De allí entonces la necesidad de encarar el análisis desde el punto de vista sistémico³³. Dicho de una forma distinta, ha de interpretarse que el derecho es algo más que un conjunto de normas jurídicas consideradas en sí mismas o aisladas del sistema normativo. La TNJ se integra en la TOJ. “Esta compleja organización es el producto de un ordenamiento jurídico, lo que significa entonces que una definición satisfactoria del derecho es solo posible desde el punto de vista del ordenamiento jurídico”³⁴.

A modo de corolario de esta caracterización resumida, es importante no confundir la TD con la Teoría general del derecho. Esta última opera desde el marco interno del derecho dado (al igual que la dogmática jurídica), es decir, no lo cuestiona. Por el contrario, la TD es externa y sí cuestiona el derecho con el que opera.

3.2 Teoría de la ciencia del derecho

El eje temático de esta esfera de conocimiento, al que también se lo conoce con las denominaciones “gnoseología jurídica” o “epistemología jurídica”, se vincula con los *métodos de conocimiento* del derecho. Este enfoque presenta algunas particularidades según las visiones de los autores.

En opinión de Hernández Marín, la Teoría de la ciencia jurídica puede equiparse con la dogmática jurídica, que es la encargada del estudio del derecho como un fenómeno aislado. “Puesto que la ciencia jurídica actual, la dogmática jurídica, se ocupa del Derecho, no como un fenómeno social, sino como un fenómeno aislado, se puede decir que, al estudiar la ciencia jurídica, la filosofía del Derecho tiene que ver, aunque sólo de forma indirecta, con el Derecho como un fenómeno aislado”³⁵. Y, agrega, sus apartados son los mismos en los que se divide la filosofía de la ciencia. Así, en forma aislada se ocupa de la interpretación y

33 BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Rozo Acuña, Eduardo (trad.) 3ª reimp. Madrid: Debate, 1995. págs. 153-154.

34 BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Op. cit., pág. 155.

35 HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. Op. cit., pág. 182.

aplicación del derecho, mientras que relacionamente, estudia la lógica y argumentación jurídica³⁶. Para Kelsen, la ciencia del derecho se limita a describir el derecho, no a prescribir, lo que sería propio de la “política jurídica”³⁷.

Alberto Calsamiglia parte de la diferenciación entre dogmática y derecho y argumenta que la primera tiene un carácter ideológico porque intenta ocultar su carácter descriptivo. “Las teorías dogmáticas permiten matizar, permiten un distanciamiento –no incontrolado– del texto legal y un mayor acercamiento al resultado y a las consecuencias. En la medida en que la dogmática se desarrolla, el abanico de soluciones se amplía”³⁸. Y agrega que dicha función ideológica encubre la responsabilidad política de los juristas³⁹.

De su lado, Gregorio Peces–Barba apunta que, dado que la Teoría de la ciencia del derecho se ocupa del “problema” sobre el conocimiento del derecho, su reflexión no debe entenderse solo como descriptiva, sino también crítica. Es decir, puede ser prescriptiva. Entre sus ejes temáticos se destacan los problemas generales, la historia de la ciencia jurídica, la materia y finalidad, la fundamentación del conocimiento científico⁴⁰.

Para finalizar, se puede convenir con Marina Gascón Abellán que la ciencia del derecho trasladó su problema del resultado al proceso; “de la verificación de la coherencia lógica o de la exactitud empírica de los resultados a la determinación de las condiciones que debe reunir el proceso, o sea, el razonamiento que conduce a esos resultados”⁴¹. Por eso:

“... si los juristas no se limitan a «conocer» las reglas, si en todo acto de interpretación hay un momento de «creación» jurídica, es obvio que el

36 *Ibidem*.

37 KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. 3ª ed., 10ª reimp. Nilve, Moisés (trad.). Buenos Aires: Eudeba, 2015.

38 CALSAMIGLIA, Albert. *Introducción a la ciencia jurídica*. Barcelona: Ariel, 1986. pág. 140.

39 *Ibidem*, pág. 143.

40 PECES–BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid: Debate, 1993. págs. 281–283.

41 GASCÓN ABELLÁN, Marina. “Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho X* 1993, pág. 199. [Fecha de consulta: 28/11/2019]. Disponible en: <https://Dialnet-ConsideracionesSobreElObjetoDeLaFilosofiaJuridica-142254.pdf>.

fenómeno jurídico ya no puede reducirse a lo expresamente normado. En los procesos de interpretación y decisión se produce una interacción entre el sistema normativo y el bagaje axiológico del intérprete, de forma que bien pudiera hablarse de una constante recreación del sistema jurídico. Y si esto es así, se hace ciertamente difícil establecer una separación estricta entre Derecho y ciencia jurídica, entre normas y proposiciones normativas. Asimismo, la teoría de la ciencia y la teoría del Derecho dejan de ser dos reflexiones completamente dissociadas; pues si el discurso de los juristas ya no se presenta como un lenguaje sobre el Derecho, sino que en cierto modo forma parte de él, su comprensión y crítica no puede seguir siendo tampoco una competencia exclusiva de la teoría de la ciencia, sino que ha de compartirla con la teoría del Derecho; propiamente, se difuminan las fronteras entre una y otra. En realidad, como dice Guastini, nos hallamos en presencia de tres niveles de lenguaje: el lenguaje del legislador o, en sentido más amplio, de las tradicionales fuentes del Derecho; el metalenguaje de la metajurisprudencia; y el meta-metalenguaje de la teoría del Derecho⁴².

3.3 Teoría de la justicia

Finalmente, del objeto cognoscitivo justicia, que es el *fin* del derecho, se ocupa la teoría de la justicia. También se la conoce con el nombre de “ética normativa” o “axiología jurídica”. Se trata de una reflexión cuyo objeto está centrado en los valores del derecho⁴³.

En esta esfera es importante tener presente, dada su claridad conceptual, la categorización realizada por Elías Díaz, quien distingue entre las nociones de *legalidad* (normas válidas y vigentes, la normatividad jurídica, el derecho positivo) y *legitimidad* (valores, normatividad en el campo de la ética, justicia, normas morales y criterios racionales de valoración –juicios de valor a argumentar y fundamentar–). Como bien lo señala este autor, para entender en forma correcta la interrelación legalidad–legitimidad, debe observarse “que todo sistema de legalidad tiene tras de sí y dentro de sí uno u otro sistema de legitimidad, diferentes valores e intereses de los que, con el suficiente apoyo fáctico, deriva

42 *Ibidem*, pág. 204.

43 BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. Op. cit., pág. 98.

siempre cada Derecho"⁴⁴. Y, a su vez, cada sistema de legitimidad intenta expresarse a través de un determinado sistema de legalidad. De allí se deriva que, cuando los valores resultan receptados por el ordenamiento jurídico, corresponda hablar de una *legitimidad legalizada*⁴⁵.

Se puede sostener entonces que la justicia no solo es un valor jurídico, sino también ético (y político). De modo que el problema jurídico, su abordaje racional, crítico y su posible resolución, estará directamente relacionado con la concepción del derecho que asuma el intérprete jurídico. Aparece así la discusión iusfilosófica paradigmática, "el" lugar donde la filosofía del derecho "está"⁴⁶, esto es, la vinculación o no del derecho con la moral. De allí que sea importante advertir cuál es la posición asumida por el jurista-filósofo (iusnaturalista, iuspositivista, crítico o postpositivista), no siempre declarada de ante mano.

Con todo, para Rodolfo Vázquez sería conveniente dejar descansar un momento este debate sobre la vinculación o no del derecho con la moral y, en cambio, ingresar de lleno en el estudio de las distintas teorías de la justicia. Para este autor, existe un antes y un después en esta fase de la disciplina, un punto de inflexión, a partir de la publicación de la obra de John Rawls "Teoría de la justicia", que representa "una reivindicación de la ética desde un punto de vista deontológico-neocontractualista que inaugura un modo de acercamiento, y una justificación de la actividad humana que repercutirá en todos los ámbitos de la filosofía social..."⁴⁷, incluida, claro está, nuestra disciplina filosófica-jurídica.

Empero, al sostener el postulado de "reivindicación de la ética", parece claro que no abandona por completo el debate. La explicación quizá deba buscarse en que, en esta esfera de conocimiento de la disciplina, la discusión sobre la relación entre derecho y moral (y también entre derecho y política) está lejos de superarse; al contrario, sigue constituyéndose en el núcleo de giro de toda reflexión iusfilosófica. No obstante, acierta Vázquez al decir que el análisis debe

44 DÍAZ, Elías, Op. cit., Pág. 28.

45 *Ibidem*, págs. 27-29.

46 LAPORTA, Francisco. *Entre el derecho y la moral*. México: Fontamara, 1993. pág. 7.

47 VÁZQUEZ, Rodolfo. *Teorías contemporáneas de la justicia. Introducción y notas críticas*. México: UNAM, 201. págs. 15-16. Para este autor, la obra de Rawls y la de Habermas son los intentos más serios que ofrecen una fundamentación racional de las normas morales (*Ibidem*).

comenzar con la obra de Rawls, pues, como bien señalan Wolfgang Naucke y Regina Harzer, el filósofo estadounidense fue el “inventor del término y del objeto «teoría de la justicia»”⁴⁸.

En esta línea de razonamiento, se recuerda la importancia de mantener la diferenciación entre concepto y concepciones de justicia.

“Con respecto al concepto de justicia, Rawls acepta su carácter inter-subjetivo, alteritario, así como su relación con la idea de asignación de derechos y obligaciones, cargas y beneficios, entre los individuos. Asimismo, tal asignación se puede dar bajo ciertas “circunstancias” de la justicia tanto objetivas como subjetivas, tal como habían establecido autores como Hume y Hart. Este núcleo básico en el que coincidirían todos los teóricos, desde Aristóteles hasta los contemporáneos, será el punto de partida para las diversas concepciones...”⁴⁹.

A partir de la teoría de la justicia de J. Rawls, es oportuno analizar también otras teorías de la justicia significativas, algunas de registro liberal (A. Sen, R. Dworkin), otras comunitaristas o que incluyen notas de comunitarismo (M. Walzer, M. Sandel) y, desde ya, otras conocidas como procedimentales (J. Habermas), repasando el pensamiento de R. Alexy o C. Nino que inciden directamente sobre el concepto y las concepciones. Por último, el estudio debe completarse con la visión del republicanismo (P. Pettit) y del feminismo (N. Fraser).

En suma, como bien señala Elías Díaz, el valor justicia asume un carácter prevalente y abarcador de otros (libertad, igualdad, solidaridad). De suerte que la filosofía del derecho es:

“... ese ejercicio teórico-práctico de la crítica del derecho positivo (y de sus dimensiones histórica y social) en atención a su justificación o no, hecha precisamente desde el preeminente valor de la justicia: valor también el más comprensivo, entendido aquí como síntesis plural siempre inestable y abierta

48 NAUCKE, Wolfgang y HARZER, Regina. *Filosofía del Derecho. Conceptos básicos*. Brond, Leonardo Germán (trad.). Buenos Aires: Astrea, 2008. pág. 207.

49 VÁZQUEZ, Rodolfo. Op. cit., pág. 16.

a esos otros valores que son entre otros, al menos en mi posición, los de libertad, igualdad, seguridad y también solidaridad [...].

La teoría de la justicia como gran tema de la Filosofía del Derecho tendría que abordar, desde ahí, cuestiones de carácter meta-ético, reflexión sobre conceptos, significado, límites y estatuto epistemológico de tales juicios de valor; pero también en seguida problemas propiamente de ética material referidos a la argumentación, articulación y específica fundamentación de cada uno de esos y otros valores jurídicos concretos. La pluralidad de concepciones acerca de la justicia y, por lo demás, acerca de cada uno de esos sus decisivos componentes exige de un modo u otro la difícil búsqueda de criterios últimos de objetiva confrontación para, desde ahí, la siempre revisable formulación de propuestas de buena justificación y de consecuentes razones para la acción:..."⁵⁰.

4. El constitucionalismo y los derechos humanos

Han transcurrido dos décadas del siglo XXI, tiempo en el que se consolidan dos aspectos preponderantes de la realidad jurídica del mundo occidental: el constitucionalismo y la globalización⁵¹, cuya complejidad y trascendencia para la vida de las personas justifica un análisis racional, crítico y totalizador, con finalidad práctica, propio de la filosofía del derecho de los juristas. En esta ocasión, solo me ocuparé del primero, pues la filosofía del derecho ha sido revalorizada como disciplina a partir de este fenómeno jurídico.

Se puede considerar al constitucionalismo como un proceso⁵² iniciado el 26 de agosto de 1789⁵³ aunque ajustado sustancialmente en Europa luego de

50 DÍAZ, Elías, Op. cit., págs. 185-186. Agrega a continuación que, en el sentido indicado, los autores a tener en cuenta, junto a los clásicos, son Bobbio, Rawls y Habermas.

51 ATIENZA, Manuel. *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*. Madrid: Editorial Pasos Perdidos, 2013a. pág. 31.

52 JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *El Constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005. pág. 14.

53 Con la "Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano" (Revolución francesa). Parece justo recordar asimismo la "Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana", texto redactado

finalizada la Segunda Guerra Mundial⁵⁴. Como se sabe, la concreción en los países latinoamericanos se verifica principalmente en las dos últimas décadas del siglo XX. Por lo tanto, parece válido apreciar que el momento histórico actual del mundo jurídico occidental, multicultural y espacialmente globalizado, es un ciclo más de dicho proceso.

En esta etapa no ha perdido vigencia —y en virtud de su carácter dinámico y evolutivo, antes bien lo contrario—, la necesidad de comprender y justificar el porqué del reconocimiento (su fundamentación) de los derechos humanos. Tanto de los ya positivizados en los textos constitucionales (derechos fundamentales) o en los tratados internacionales de derechos humanos, como así también de los que se incorporarán en el futuro.

Este nuevo posicionamiento implica reconocer que la mutación producida, esto es, el paso del Estado de derecho legislativo al Estado de derecho constitucional fue de tal importancia, que afectó a la propia concepción del derecho⁵⁵. Desde una perspectiva iusfilosófica post positivista (diferente a otras concepciones conocidas como el iusnaturalismo, el iuspositivismo, el realismo jurídico y las teorías críticas —el término “crítico” no debe confundirse con la función crítica de la filosofía del derecho, la cual es inherente a todas las posiciones iusfilosóficas—) es válido hablar de “Constitucionalismo jurídico”. Para Manuel Atienza, el “constitucionalismo jurídico (el tipo de concepción en la que se puede incluir a autores como Dworkin, Alexy, Nino, MacCormick) es realmente una posición distinta a la del positivismo jurídico y a la del derecho natural. Y es precisamente esa vía la que debería transitar sobre todo la filosofía del derecho del mundo latino”⁵⁶.

En este contexto, existe cierto consenso en considerar que los dos fenómenos jurídicos propios que se desarrollan en el constitucionalismo son, por un

en 1791 por Olympe de Gouges.

54 La evolución del constitucionalismo, períodos, características de cada uno de ellos, etc., son explicados claramente en: JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. Op. cit.

55 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Gascón, Marina (Trad.). 11ª ed. Madrid: Trotta, 2016. págs. 33-34.

56 ATIENZA, Manuel. “Una filosofía del Derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 2014, núm. 37, págs. 313-314.

lado, los vinculados a la ponderación de principios y la valoración de límites o excepciones en la aplicación de las reglas jurídicas y, por el otro, la remisión de los derechos estatales a los derechos humanos como guía interpretativa, con la consecuente influencia de las decisiones de las cortes de justicia internacionales (por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –Corte IDH– o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH–). Todo ello es lo que le permite a Ángeles Ródenas pensar que nos encontramos ante una “nueva edad de oro para la filosofía del derecho”⁵⁷.

En efecto, en nuestra contemporaneidad se ha instalado un nuevo paradigma que interpela a la filosofía del derecho. De la misma manera que la codificación reemplazó el paradigma iusnaturalista por uno positivista –donde la racionalidad se encontraba en los códigos–, el fenómeno del constitucionalismo excede al positivismo. Ello es de toda lógica, pues, como se vio en forma precedente, hace al objeto, funciones y finalidad de nuestra disciplina. La filosofía jurídica es la que se encuentra en mejor posición para proporcionar las herramientas necesarias que permitan dar cuenta, a través de una argumentación racional, crítica y totalizadora –teórica y práctica–, del nuevo escenario, de su comprensión cabal desde una concepción de la justicia anclada en los derechos humanos.

La importancia de esta nueva realidad jurídica radica en que su centralidad está dada en los principios y valores que reconocen a la dignidad humana como el presupuesto conceptual de los derechos humanos⁵⁸.

La experiencia jurídica gira alrededor del derecho de los Derechos Humanos, que en nuestro sistema constitucional–convencional tienen jerarquía constitucional (art. 75–22 CN). En consecuencia, sobre ellos deben gravitar las bases estructurales de una teoría de la justicia⁵⁹.

57 RÓDENAS, Ángeles. “Desafíos para la filosofía del derecho del Siglo XX”. *Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad de Alicante, 2017, núm. 79, pág. 34. [Fecha de consulta: 12/11/2018]. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.002>

58 GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “30 minutos de filosofía del derecho. Viejos y nuevos problemas”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 2007, núm. 30, pág. 225.

59 Admitido el constitucionalismo como nuevo paradigma, siguiendo a Manuel Atienza, se destacan sus rasgos comunes: a) La diferenciación entre reglas y principios y el valor asignado a estos últimos en la

5. Algunas últimas reflexiones

El análisis iusfilosófico parte desde una visión regional, que nace en el fenómeno jurídico y se encuentra a medio camino entre el derecho y la filosofía. En dicha tarea, se remarca la importancia de asumir de manera preponderante un razonamiento de tipo práctico (no solo teórico), que resulte útil a la persona que opera con el derecho. Ello da sentido y fundamenta la razón de existencia actual de la disciplina, a la vez que termina con la crítica habitual vinculada a su “desconexión con la práctica jurídica real”⁶⁰.

De esta forma, la reflexión del filósofo del derecho de los juristas no está cerrada en sí misma, sino que se abre y se conecta con el trabajo de los teóricos y de los demás operadores del derecho. Dicho de otra manera, la tesis sostiene

comprensión de la estructura y funcionamiento de un sistema jurídico; b) Las normas –reglas y principios– se consideran no tanto desde su estructura lógica, cuanto desde la función que cumplen en el razonamiento práctico (por ejemplo, en la argumentación jurídica); c) El derecho es visto no solo como un conjunto de normas o enunciados, sino también como una práctica social compleja (realidad dinámica), que incluye además valores, acciones, agentes, etc.; d) La interpretación es vista como un proceso conformador del derecho; e) La diferenciación entre lenguaje descriptivo y prescriptivo está debilitada; f) Conectado con lo anterior, se reivindica el carácter práctico de la teoría y ciencia del derecho (no se reducen a discursos descriptivos); g) La validez del derecho no se asume únicamente en términos formales, sino también en sentido material (la norma válida es la que respeta los principios y derechos estipulados en la Constitución); h) La interpretación de la ley debe hacerse de acuerdo con los principios constitucionales; i) Se reconoce una conexión entre derecho y moral, tanto en su contenido como desde lo conceptual; j) Se aprecia una integración de las distintas esferas de la razón práctica, esto es, derecho, moral y política. Ello implica que toda decisión debe estar guiada por la corrección, entendida como pretensión de justicia. De manera que la argumentación jurídica asume un papel preponderante, exigiendo dar (y mostrar) razones justificadas de las decisiones (el poder sometido a la razón y no a la inversa); k) En el marco argumentativo, existen criterios objetivos (universalidad, coherencia, integralidad) que definen el carácter racional de la práctica argumental. Los valores morales que incorpora el derecho no pertenecen simplemente a una moral social, sino a una moral racionalmente fundamentada. (ATIENZA, Manuel. *Introducción al derecho*, págs. 322 y sig.).

60 GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho y su posible sentido actual”. En: *Anuario de filosofía del derecho* VII.1990, pág. 262.

que la filosofía del derecho tiene mucho que aportar a los abogados, dogmáticos, jueces, mediadores, legisladores, etc., pues no se aísla en un discurso exclusivo para "filósofos" del derecho. Por ello abandona el punto de partida desde "arriba", desconectado de la experiencia jurídica, y asume una posición "intermedia". Es decir, se defiende una filosofía del derecho de los juristas que asume una perspectiva de saber totalizador, racional, crítico, pero también práctico y útil.

Por consiguiente, partiendo de una posición postpositivista respecto de lo que se entiende por derecho, la reflexión debe comenzar siempre por el derecho, tal como éste se crea, interpreta y aplica en la sociedad real. A esta concepción del derecho no se llega por la vía de la reflexión filosófica (desde arriba), aunque luego ésta influya.

Se trata de un "proceso circular, en el que la filosofía del Derecho no puede iniciar su andadura sin alguna forma de condicionante precomprensión de lo jurídico, y, a su vez, esta precomprensión influye y es influida por el análisis filosófico"⁶¹.

Con todo, y vale insistir en ello, se debe tener presente que la práctica iusfilosófica no significa aplicar unitariamente la concepción filosófica de base asumida por el estudioso, al uso de "filosofía aplicada", pretendiendo que el fenómeno jurídico encaje en ella. Pero, tampoco debe caerse en el riesgo contrario, esto es, encarar el problema como lo haría un dogmático o teórico del derecho. De lo que se trata es de procurar un estudio que *equilibre* derecho y filosofía, que *medie* entre ambos. No se relaciona con el análisis del dato jurídico puro (propio de la dogmática), pero tampoco con la especulación filosófica elevada, que nada útil, en el sentido de práctico, aporta al jurista.

Por todo lo expuesto, se puede concluir que la filosofía del derecho tiene una orientación pragmática, se trata de manera principal en una actividad decisoria, tendiente a la resolución de problemas derivados de la convivencia social. Asimismo, que posee un carácter plural, entendido en un doble sentido, esto es, compuesto de una pluralidad de perspectivas filosóficas o iusfilosóficas sobre el objeto derecho y a la vez de una pluralidad de perspectivas externas a la filosofía (paradigma de la transdisciplina) que coadyuvan a la mejor comprensión del fenómeno jurídico. Por último, asume una función crítica (enseñar a criticar),

61 *Ibidem*, págs. 262-263.

dado que la filosofía del derecho es un centro de recepción de conocimientos diversos, su función es darles orden, articularlos, para otorgar al derecho una visión completa, totalizadora y precisa. Se trata de una articulación coherente que solo es posible desde la perspectiva unificadora de la filosofía del derecho⁶².

6. Bibliografía

- ALEXY, Robert. "La naturaleza de la filosofía del derecho. trad. Carlos Bernal Pulido". *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 2003, núm. 26, pp. 147-159.
- ATIENZA, Manuel. "La filosofía del derecho como filosofía regional". Ponencia presentada en el I Congreso de filosofía del derecho para el mundo latino. 2016. [Fecha de consulta: 29/11/2019]. Disponible en: <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponencia%20Atienza.pdf>.
- ATIENZA, Manuel. "Problemas abiertos en la filosofía del Derecho". *DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho*. 1984, núm.1, pp. 29-34.
- ATIENZA, Manuel. "Una filosofía del Derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca". *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 2014, núm. 37, pp. 299-318.
- ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013b.
- ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.
- ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. 5ª imp. Barcelona: Ariel, 2017.
- ATIENZA, Manuel. *Introducción al derecho*. 4ª reimp. México: Fontamara, 2007.
- ATIENZA, Manuel. *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*. Madrid: Pasos Perdidos, 2013a.
- BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid: Debate, 1990.
- BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Asís. Rafael de y Greppi, Andrea (trad) Madrid: Debate, 1993.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Roza Acuña, Eduardo (trad.) 3ª reimp. Madrid: Debate, 1995.
- CALSAMIGLIA, Albert. *Introducción a la ciencia jurídica*. Barcelona: Ariel, 1986. pág. 140.
- CALSAMIGLIA, Albert. *Racionalidad y eficiencia del derecho*. Biblioteca de Ética, Filosofía del derecho y Política 24, México: Fontamara, 1993.
- DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto. "La construcción temática de la filosofía del derecho de los juristas". En: Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, *Anuario de*

62 GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Op. cit., págs. 269-280.

- Filosofía y Teoría del Derecho* 4. 2010. [Fecha de consulta: 01/11/2019]. Disponible en: <https://www.juridicas.unam.mx/>
- DÍAZ, Elías. *Curso de Filosofía del Derecho*. Madrid. Marcial Pons, 1998.
- DÍAZ, Elías. *Ética contra Política*. México: Fontamara, 1993.
- DUQUELSKY GÓMEZ, Diego Javier. "¿Filosofía del derecho para qué mundo latino?" Ponencia presentada en el I Congreso de filosofía del derecho para el mundo latino. 2016. [Fecha de consulta: 29/11/2019]. Disponible en: <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Diego%20Javier%20Duquelsky%20G%C3%B3mez%20-%20Argentina.pdf>.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. "Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho y su posible sentido actual". En: *Anuario de Filosofía del Derecho* VII. 1990.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. "30 minutos de filosofía del derecho. Viejos y nuevos problemas". *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 2007, núm. 30.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. "Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica". En: *Anuario de filosofía del derecho* X. 1993. [Fecha de consulta: 28/11/2019]. Disponible en: <https://Dialnet-ConsideracionesSobreElObjetoDeLaFilosofiaJuridica-142254.pdf>.
- HART, Herbert. *El concepto de Derecho*. Carrió, Genaro R. (trad.) Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998..
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. "Concepto de Filosofía del Derecho". En: *Anuario de Filosofía del Derecho* X. 1993, pp. 175-190.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *El Constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Villar Borda, Luis y Montoya, Ana María (trad.). Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1999.
- KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. Villar Borda, Luis (trad.). Bogotá: Editorial Temis, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. 3ª ed., 10ª reimp. Nilve, Moisés (trad.). Buenos Aires: Eudeba, 2015.
- LAPORTA, Francisco. *Entre el derecho y la moral*. México: Fontamara, 1993.
- NAUCKE, Wolfgang y HARZER, Regina. *Filosofía del Derecho. Conceptos básicos*. Brond, Leonardo Germán (trad.). Buenos Aires: Astrea, 2008.
- NINO, Carlos. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.
- NINO, Carlos. *Ética y derechos humanos*. 2ª ed. ampliada y revisada, 4ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 2017.

- NINO, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. 2° ed. ampliada y revisada, 18ª reimp. Buenos Aires: Astrea, 2015.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*. Madrid: Dykinson, 1999.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Ética, poder y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid: Debate, 1993.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del derecho*. Madrid: Dykinson, 2002.
- PÉREZ LUÑO, Antonio. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Presupuestos para una Filosofía de la Experiencia Jurídica. Sevilla: Mergablum. Edición y Comunicación, 1998.
- RÓDENAS, Ángeles. "Desafíos para la filosofía del derecho del Siglo XX". *Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad de Alicante, 2017, núm. 79. [Fecha de consulta: 12/11/2018]. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.002>
- SANTIAGO, Alfonso. "Filosofía del derecho constitucional: perspectiva continental". En: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del derecho*. México: Universidad Autónoma de México, 2015. Vol. 3, Cap. 51, pp. 1814-1888.
- VÁZQUEZ, Rodolfo. *Teorías contemporáneas de la justicia. Introducción y notas críticas*. México: UNAM, 201.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Gascón, Marina (Trad.). 11ª ed. Madrid: Trotta, 2016