

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN TIEMPOS DE CRISIS: EN TORNO AL ESTATUS EPISTEMOLÓGICO DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA *

THE PHILOSOPHY OF LAW IN TIMES OF CRISIS: ON THE EPISTEMOLOGICAL STATUS OF LEGAL PHILOSOPHY

Luis M. Lloredo Alix **

Resumen: Desde hace varios años, la idea de crisis parece haberse extendido por todas partes. El objetivo de este artículo es plantearse los efectos que ésta puede tener sobre la filosofía del derecho, en particular sobre su estatus epistemológico. Como se tratará de mostrar, la filosofía jurídica se halla ante una encrucijada en la que tendrá que adoptar nuevas formas para sobrevivir, volviéndose más interdisciplinaria y desembarazándose de la férrea tripartición entre teoría del derecho, teoría de la ciencia jurídica y teoría de la justicia. Ahora bien, como también se intentará apuntar, esta exigencia de adaptación trae causa de las modificaciones que el propio derecho está experimentando en el marco de la crisis.

Abstract: In the last years, the concept of crisis has spread out everywhere. The aim of this article is to reflect on the effects that the crisis might have on the philosophy of law, in particular on its epistemological status. As it is intended to show, the philosophy of law is in front of a crossroad, in which it will have to adopt new perspectives to be able to survive, by turning more multidisciplinary and getting rid of the too rigid trichotomy among legal theory, theory of legal science and theory of justice. Though, as we will also try to point out, this adaptation requirement is actually a result of the transformations that the law itself is suffering in the frame of the crisis.

Palabras clave: Crisis, acontecimiento, metafísica, epistemología, positivismo jurídico, Estado, giro ético, interdisciplinarietà, marxismo.

Key words: Crisis, event, metaphysics, epistemology, legal positivism, ethical turn, multidisciplinary, Marxism.

Fecha de recepción: 02-04-2013

Fecha de aceptación: 17-04-2013

1. PENSAR EN TIEMPOS DE CRISIS

La primera consideración que me gustaría hacer tiene que ver con el propio concepto de crisis y con sus posibilidades filosóficas. En los últimos años, en los que la palabra de marras se ha infiltrado en nuestro imaginario colectivo y en nuestro lenguaje cotidiano de forma tan recurrente e insidiosa, podría parecer banal, populista o incluso frívolo plantear una contribución teórica sobre la filosofía del derecho “en tiempos de crisis”. Sin embargo, como

* Este trabajo se ha realizado gracias al Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”, CSD 2008-00007 (HURI-AGE) y del Proyecto “Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX” (DER-2011-25114), del Plan Nacional de investigación científica, desarrollo e innovación tecnológica.

** Universidad Carlos III de Madrid (España). lloredo@inst.uc3m.es

trataré de mostrar en estas páginas, no sólo no se trata de un mero ejercicio de retórica, sino que constituye una interesante manera de pensar en la filosofía jurídica y sus potencialidades contemporáneas. Es cierto que la crisis parece haberse instalado como una losa en nuestra conciencia y que se ha llegado a trivializar su significado en muchos aspectos. Y también es verdad que, en este clima, es común apelar a ella para referirnos a todas las esferas del pensamiento y la actividad humanas, pero sin plantear el sentido de dicho concepto en toda su radicalidad. Por eso, antes de entrar a discutir sobre el papel de la filosofía del derecho en esta coyuntura, me parece imprescindible dedicar unas líneas a reflexionar sobre la noción de crisis en un sentido que podríamos denominar metafísico.

Etimológicamente hablando, la palabra crisis tiene un triple origen. Por un lado, remite al mundo de la medicina, donde ya desde la Grecia antigua se hablaba de ella para denotar el punto de inflexión por el que atraviesa un enfermo en su dolencia, tras el cual puede lograr el restablecimiento o la muerte. Por otro lado, alude al universo de la teología, donde la crisis encierra una nueva alternativa entre la condena y la salvación y que, trasladada a un contexto secularizado, también puede interpretarse como derrota o liberación en términos políticos¹. Por último, la crisis tenía significado en relación con cuestiones de derecho e implicaba el momento de juicio y de decisión en el marco de un proceso, es decir, la sentencia².

En todos estos casos, la crisis demarca ciclos o etapas, como un punto nodal en el que se encierra a la vez un decurso pretérito, una evolución completa que llega necesariamente a su fin, y un nuevo horizonte de posibilidades que nos proyecta hacia un futuro distinto, marcado por un nuevo mapa de significados y de relaciones que derivan de las precedentes, pero que aparecen dislocadas respecto al sentido que tenían en la fase anterior. El enfermo, si logra curarse, no vuelve al punto de partida, sino que entra en un nuevo estado de equilibrio en el que el padecimiento ha sido neutralizado, pero dejando una impronta física o psíquica relevante³. En síntesis, se trata de una evolución dialéctica que podríamos entender en clave similar a la *Aufhebung* hegeliana (abolición, superación), es decir, como un viraje que deroga lo existente e inaugura un nuevo periodo, pero sin cancelar el pasado por completo, sino más bien incorporándolo en su seno⁴. Así las cosas, como acertadamente indica el historiador Josep Fontana en el título de su último libro

¹ VELASCO, G., "Crisis de la construcción social de la normalidad capitalista", en CADAHIA, L. y VELASCO, G. (Comp.), *Normalidad de la crisis / crisis de la normalidad*, Madrid: Katz, 2012, p. 199.

² KOSELLECK, R., "Apéndice. Crisis", en *Crítica y crisis. Un estudio sobre la patogénesis del mundo burgués*, trad. de J. Pérez de Tudela, Madrid: Trotta, 2007, p. 241.

³ CANGUILHEM, G., *Lo normal y lo patológico*, 8ª ed., trad. de R. Postschard, Madrid: Siglo XXI, 2009, pp. 141 ss.

⁴ FULDA, Hans Friedrich, "Aufheben", en AA. VV., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, hrsg. von J. Ritter und K. Gründer, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Bd. I, 1975, pp. 618-619.

sobre la crisis social de comienzos de este siglo XXI, “el futuro es un país extraño”⁵; una sugerente expresión que, sin embargo, podría completarse con la de otro célebre historiador del derecho como Paolo Grossi: “el futuro tiene siempre un rostro antiguo”⁶.

Visto desde la perspectiva metafísica, la noción de crisis se asemeja a la idea de borde, puesto que remite a situaciones históricas, políticas o personales que se hallan a medio camino entre dos mundos, dos espacios o dos periodos. No tanto en el sentido de limitación o confín sellado de forma hermética, sino de borde en tanto que límite, en tanto que frontera porosa y traspasable; una idea que a su vez acarrea la característica de “transgresibilidad” y nos coloca en una situación posiblemente ventajosa. Como señala el filósofo italiano Alberto Pirni, las locuciones inglesas “to have an edge on” o “to get the edge on” (cuyo significado literal sería “tener un *borde* en o respecto a”) equivalen a “tener una ventaja sobre algo” o “tener influencia sobre alguien”⁷. Y si nos fijamos en el alemán, la noción de borde vinculada a situaciones de poder, oportunidad o apertura de miras se refleja en una expresión coloquial como “über den eigenen Tellerrand schauen” (mirar por encima del borde del propio plato), que se utiliza para caracterizar el proceso dialéctico mediante el cual salimos de nuestras propias barreras mentales, disciplinares o temporales, para intentar captar la alteridad, la posibilidad de “lo otro” más allá de las fronteras –físicas o ideales– en las que habitualmente nos desenvolvemos. Quien es capaz de situarse en el borde y mirar desde él o a través de él, puede vislumbrar, aunque sea de forma borrosa o tentativa, otros horizontes de sentido posibles.

A esta franja de incertidumbre y de translucidez, a caballo entre dos mundos, es a la que el filósofo Slavoj Žižek denomina “lo Real”: lo Real como un espacio de potencialidades en el que se puede quebrar la cadena del ser, el entrelazamiento lógico y mecánico de los sucesos de la vida o de la historia (suceso procede del latín *succedere*, ligado a la idea de secuencia, de continuidad natural y previsible⁸), para dejar emerger al acontecimiento (del latín *contingere*, lo contingente, lo inesperado, lo que no tendría por qué *suceder*, pero ocurre⁹). Lo Real, en definitiva, como el espacio infinito que queda sin conceptualizar en ninguno de nuestros esquemas y que, precisamente por ello, puede dar lugar a la novedad y la originalidad¹⁰. El acontecimiento es así una suerte de anomalía

⁵ FONTANA, J., *El futuro es un país extraño. Una reflexión sobre la crisis social de comienzos del siglo XXI*, Barcelona: Pasado & Presente, 2013.

⁶ GROSSI, P., *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. M. Martínez Neira, Madrid: Trotta, 2003, p. 70.

⁷ PIRNI, A., “La crisis y su «más allá». Conjeturas para una ontología de la posibilidad”, en CADAIHA, L. y VELASCO G., *Normalidad de la crisis / crisis de la normalidad*, cit., pp. 145-148.

⁸ Vid. COROMINES, J., *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, 3ª ed. muy revisada y mejorada, pról. de José Antonio Pascual, Madrid: Gredos, 2011, p. 517.

⁹ *Ibidem*, p. 7.

¹⁰ ŽIŽEK, S., *Arriesgar lo imposible. Conversaciones con Glyn Daly*, trad. de S. Arribas, Madrid: Trotta, 2006: “lo Real no es una especie de materia prima que es luego simbolizada. Simbolizamos la naturaleza, pero para hacerlo producimos simétricamente en esta simbolización un exceso o falta: *esto* es lo Real. Ésta es la fundamental lección lacaniana. No es

que rompe con el orden preestablecido y da paso a una nueva normalidad en la que se establecerán nuevos límites y en la que los antiguos se habrán resignificado. La cuestión sería entonces: ¿se puede propiciar el acontecimiento o sólo cabe abrazarlo a posteriori? ¿Se puede detectar, siquiera de modo intuitivo, y contribuir de algún modo a desencadenarlo?

La pregunta es ciertamente perentoria y entronca, bajo un nuevo lenguaje, con toda la problemática de la filosofía de la praxis: ¿qué hacer? ¿Cómo catalizar el cambio? Si asumiéramos el *dictum* hegeliano en su más estricta literalidad (“la filosofía es su época aprehendida en pensamientos”¹¹), quizá no cabría sino una respuesta negativa: es imposible entender una época si no es a posteriori; la filosofía no es más que una historia conceptual de la realidad que se despliega incontrolable ante nuestros ojos y no puede aspirar a ser proyectiva o transformadora. Sin embargo, si lo tomamos en su significado dialéctico, que es como ha de comprenderse la filosofía de Hegel en general, quizá sí quepa un resquicio para la acción consciente: el mero hecho de aprehender una época en conceptos y pensamientos, captando sus contradicciones y adivinando sus brechas, habilita márgenes para la transformación y “hace” propiamente cosas. Pensar no es sólo *recrear*, sublimar y simbolizar en ideas un ente fijo preexistente, sino también *crear* la realidad, ensanchar o contraer ese “ente” que la metafísica tradicional presumía como estable, delimitado e inmutable. El mismo acto de pensar (en un sentido cartesiano: “pienso, luego existo”) y de decir lo pensado (en clave performativa: “hacer cosas con palabras”), constituye un *acontecimiento*, una ruptura en el orden del ser¹²: el sujeto pensante y el sujeto hablante, de forma monológica en el primer supuesto y dialógica en el segundo, interviene en la secuencia de los hechos e instaura una ruptura a partir de la cual el ser se redefine, gracias a las contracciones y dilataciones que experimentan las palabras y las formas de expresar la realidad. En definitiva, tenía razón Heidegger cuando dijo que “el lenguaje es la casa del ser”¹³. Donde erraba es en que los “pensadores y los poetas son los guardianes de esa morada”; porque, más allá de la responsabilidad del intelectual, los guardianes de tal morada son todos los que conviven en una comunidad, tanto teóricos o artistas como ciudadanos a secas.

Las épocas de crisis son especialmente idóneas para los procesos de redefinición porque nos sitúan ante el borde de las cosas. De hecho, tanto en la vida cotidiana como en el mundo de la política, la consciencia surge o se

que, como se suele representar erróneamente, haya una realidad, que podríamos llamar de forma ingenua pre-simbólica: la simbolizamos y luego queda algo que no puede ser simbolizado, y esto es lo Real... El mero gesto de la simbolización introduce una brecha en la realidad. Lo Real es esa brecha...” (p. 78).

¹¹ HEGEL, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts (oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse)*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1970, p. 26.

¹² BADIOU, A., “Das Ereignis Denken”, en BADIOU, A. y ŽIŽEK, S., *Philosophie und Aktualität. Ein Streitgespräch*, hrsg. von P. Egelmann, Wien: Passagen, 2005, pp. 15-50.

¹³ HEIDEGGER, M., *Carta sobre el humanismo* [1947], versión de H. Cortés y A. Leyte, Madrid: Alianza, 2001, p. 11.

agudiza cuando algo falla o no funciona correctamente¹⁴. Es decir, que la consciencia siempre aparece en momentos de crisis. Durante las fases de normalidad, nos dejamos llevar por el sucederse de hechos que se acumulan y se engarzan en secuencias mecánicas, y no solemos apercebirnos del orden social, político o sentimental en el que estamos inmersos, del que no podemos salirnos y del que seguramente diríamos que es permanente e irrevocable. En cambio, en los momentos de inflexión, se plantean las alternativas dilemáticas que caracterizan a la noción de crisis tal y como se ha intentado bosquejar hasta ahora, y la consciencia hace acto de presencia de manera abrupta, sacudida de su letargo y asediada por una pregunta que casi siempre suele acompañar a esta clase de despertares: ¿pero cómo no me he dado cuenta antes? ¿Cómo no he prestado mayor atención, cuando estaba ocurriendo justo delante de mis ojos? Por eso, pensar en tiempos de crisis equivale a estar en situación de alerta permanente, preparados para captar los signos que nos puedan guiar hasta el borde y nos permitan mirar a su través. Implica, por lo tanto, estar abiertos a “lo Real” y a ese acontecimiento que nos ayude a subvertir el curso de las cosas. Pero no para esperarlo de forma pasiva, como un mero advenimiento, sino intentando pensar y decir la realidad activamente, tomando parte en el proceso de redefinición.

El peligro de lo anterior reside en que el sistema tiende a fagocitarlo todo y, por supuesto, también ha llegado a incorporar la idea y la experiencia de la crisis como un elemento garante del orden¹⁵. De hecho, el capitalismo ha asumido la necesidad de las crisis como un rasgo distintivo de su modelo y como una especie de ritual sacrificial por el que hay que pasar de forma periódica para después resurgir fortalecido: la crisis como fatalidad y como purga. Esa ritualización de la crisis, que la configura como un proceso doloroso pero inevitable, no sirve para redefinir los límites del *statu quo* precedente y para alumbrar un nuevo estado de cosas. Al concebirla como un eslabón de un relato preestablecido, se socava su potencial de cambio; y al convertirla en una suerte de liturgia –como un protocolo que es menester cumplir– se anula el poder de la consciencia activa y transformadora. Se fetichizan el sistema político-económico vigente y su forma de desenvolverse en la historia, como si fueran realidades naturales e inasequibles, para así neutralizar la capacidad de intervención.

Por eso, para que no nos ocurra como en la frase del *Gatopardo* de Lampedusa –“que todo cambie para que todo permanezca igual”¹⁶– me parece esencial desplazar el significado de la crisis en una clave alternativa a la de las dicotomías aporéticas que se nos suelen brindar desde las instituciones políticas, mediáticas y económicas. Nos bombardean constantemente con eslóganes dicotómicos sin salida, con la pretensión, casi siempre solapada, de

¹⁴ ŽIŽEK, S., *Arriesgar lo imposible. Conversaciones con Glyn Daly*, cit., p. 61.

¹⁵ CADAIHA, L., “El dispositivo de la crisis como nuevo Orden Mundial”, en CADAIHA, L. y VELASCO, G., *Normalidad de la crisis / crisis de la normalidad*, cit., pp. 171 ss.

¹⁶ LAMPEDUSA, G. T. di, *Il Gattopardo*, Milano: Feltrinelli, 2005, p. 32.

ofrecernos mapas ideológicos de urgencia para orientarnos en el torbellino de la crisis y así ahorrarnos la incomodidad de tener que caminar hasta el borde y mirar hacia fuera por nosotros mismos. Nos dan a elegir entre austeridad o crecimiento, entre partidos políticos o anarquía, entre democracia representativa o demagogia populista, entre nacionalismo disgregador o centralismo autoritario... Como mucho, se nos regala la posibilidad de aspirar a vacuos puntos intermedios en las respectivas ecuaciones –a porcentajes de–, que casi nunca quieren decir nada, pero que están destinados a hacernos sentir originales y atemperados, portadores de un pensamiento propio e independientes de facciones y de extremos.

Esta forma de reducción dual del discurso, que Deleuze bautizó como “síntesis disyuntivas”¹⁷, cumple la función de alinear a la opinión pública en bloques monolíticos y de reducir drásticamente el horizonte de posibilidades, simplificando el ámbito de lo “pertinente” o “aceptable” y constituyendo, a *sensu contrario*, la esfera de lo que Žižek llama lo “Real”: lo innominado que queda fuera de las conceptualizaciones dilemáticas al uso. Por eso, cuando asistimos a las idas y venidas de la política cotidiana, tenemos a veces la impresión de vivir en una especie de nebulosa artificial, vacía de contenido y anodina, mientras que, cuando tienen lugar *acontecimientos* político-sociales como ocurrió en España al hilo del 15-M, nos invade una repentina sensación de autenticidad: pese a su consustancial inconcreción, a su dispersión tendencial y al halo quimérico o vaporoso que le achacaron los portavoces de las instituciones, nos resultó más *real* que la supuesta concreción y tangibilidad del discurso habitual de la política. Y creo que fue así, precisamente, porque nació en esa región de lo “Real” que es capaz de romper con el orden del ser y conectarnos con nuestro presente de forma inmediata, sin la intermediación de nociones fetichizadas y fuera de las mixtificaciones ideológicas cotidianas. Por decirlo con las hermosas palabras que utilizó Antonio Negri para referirse a la metafísica de Spinoza, la política se vivió entonces “no como fórmula y forma, sino como acción y contenido. No como positivismo, sino como positividad. No como legislación, sino como verdad. No como definición y ejercicio del poder, sino como expresión y gestión de la potencia”¹⁸. En definitiva, como leemos en el mismo título de su obra, como una “anomalía salvaje”.

Así las cosas, y por retornar al hilo argumentativo acerca de la naturaleza y las potencialidades de la crisis, me parece indispensable tratar de articular una reflexión meditada sobre sus repercusiones en los diversos ámbitos de nuestro pensamiento y nuestra actividad. Sólo así se puede intentar subvertir el mecanismo de apropiación de la crisis como una parte más del sistema y como pieza garante del orden. El horizonte que logremos atisbar si nos encaramamos hasta el borde no será diáfano en absoluto, como quizá se llegó a pensar que era posible en alguna etapa de la Ilustración –la creación de un mundo *ex novo*

¹⁷ Vid. BADIOU, A. Y ŽIŽEK, S., *Philosophie und Aktualität*, cit., pp. 52-56.

¹⁸ NEGRI, A., *La anomalía salvaje. Ensayo sobre poder y potencia en B. Spinoza*, trad. de Gerardo de Pablo, Barcelona: Anthropos, 1993, p. 20.

sobre la base de categorías racionales y en la creencia de que estamos libres de condicionamientos previos- pero sí podremos encauzar el pensamiento en rieles alternativos a los dados, en nuevas y emancipadoras disyuntivas, en otros esquemas¹⁹. Lo que sigue es un ensayo por diagnosticar las manifestaciones de la crisis en el seno de la filosofía jurídica y las brechas que ésta está dejando a su paso.

2. PENSAR EN TÉRMINOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Para dilucidar si la filosofía del derecho está en crisis, o de qué modo lo está, es necesaria una mirada retrospectiva hacia sus orígenes y sus motivaciones. No con afán erudito ni “puramente” histórico –si es que acaso existe algo así- sino con una mirada genealógica²⁰, es decir, tratando de encontrar el punto en el que “surge” la disciplina y, por consiguiente, analizando las mutaciones que provocó en el mapa epistemológico y el basamento político-social del que trae causa. No se trata, por tanto, de trazar una suerte de historia ornamental del nacimiento de la filosofía jurídica, sino de estudiar cuáles son sus fundamentos ideológicos y epistemológicos y de ver en qué medida éstos siguen existiendo. Si continúan en pie, entonces la pertinencia de la filosofía del derecho estará fuera de toda duda. Sin embargo, si la realidad que dio pie al nacimiento de ésta ha desaparecido o se ha transformado significativamente, será necesario ver de qué modo tales cambios se han manifestado en la filosofía del derecho y de qué manera puede ésta seguir justificando su presencia en la panoplia de disciplinas que se dedican a estudiar el fenómeno jurídico.

En este sentido, tenemos a nuestro alcance una contribución enormemente lúcida de Felipe González Vicén, según la cual la propia noción de “filosofía del derecho” es histórica. Pese a que podamos rastrear obras y doctrinas de contenido iusfilosófico en épocas muy remotas –así en *Las leyes* de Platón, en la *Suma Teológica* de Tomás de Aquino o en el *Espíritu de las leyes* de Montesquieu, por poner tres ejemplos clásicos-, la propia disciplina no surge hasta los últimos compases del siglo XVIII y especialmente a lo largo de todo el XIX. Resumiendo la tesis de González Vicén, podría decirse que la filosofía del derecho es la manifestación académica del paradigma positivista, esto es, que surge como correlato de un cambio de planteamiento radical en la manera de concebir el derecho y que instaura una cesura histórica entre el mundo intelectual del iusnaturalismo y el del iuspositivismo²¹. Por poner un ejemplo revelador, podría citarse el caso de Gustav Hugo, el gran pionero de la escuela histórica del derecho, cuya obra principal llevaba el título de *Tratado de derecho*

¹⁹ Vid. SÁNCHEZ USANOS, D., “Modernidad, crisis y filosofía”, en CADAHIA, L. y VELASCO, G., *Normalidad de la crisis / crisis de la normalidad*, cit., pp. 45-77.

²⁰ Vid. FOUCAULT, M., “Nietzsche, la genealogía, la historia”, en ID., *Microfísica del poder*, trad. de Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, Madrid: La Piqueta, 1978.

²¹ GONZÁLEZ VICÉN, F., “La filosofía del Derecho como concepto histórico”, en ID., *Estudios de filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife: Universidad de la Laguna, 1979, pp. 207-257.

*natural como filosofía del derecho positivo*²². Se trata de una expresión que ilustra con particular acierto las circunstancias del momento de transición: sigue apareciendo la rúbrica de derecho natural, pero éste ya ha dejado de ser la materia prima del derecho vigente, para pasar a convertirse en una mera recámara de conceptos y de principios útiles para pensar sobre el derecho positivo en términos filosóficos.

El texto de González Vicén es prolijo en explicaciones y en demostraciones de cómo este proceso tuvo lugar, pero creo que, si suscribimos la teoría de Thomas S. Kuhn respecto a la evolución de la ciencia²³, podríamos visualizar el cambio en dos aspectos que casi siempre tienen lugar tras la aparición de un nuevo paradigma: el paulatino renombramiento de las disciplinas académicas y el desencadenamiento de una intensa actividad manualística. Se trata de dos fenómenos que revelan la necesidad de afirmar públicamente la doctrina y que, por consiguiente, son indicativos de una fase de cambio. Además, son dos rasgos muy oportunos para estudiar los procesos históricos desde una perspectiva genealógica como la aquí propuesta, no fijándonos sólo en las vertientes intelectuales de la transición, sino también en las institucionales. Según González Vicén, la primera obra que incorporó la locución “filosofía del derecho” en su título es la de Wilhelm Traugott Krugg – *Aforismos sobre la filosofía del derecho*, de 1800–, aunque es posible encontrarla en documentos y correspondencia privados desde finales del XVIII. A partir de entonces, los tratados y ensayos que se sumaron a la nueva expresión disciplinar fue siempre en aumento: los *Principios de filosofía del derecho* de Hegel, de 1821, la *Filosofía del derecho* de Lerminier, de 1831, la *Exposición y sistema de la filosofía del derecho hegeliana* de Marx, de 1845, y un largo elenco de ejemplos que no vale la pena reproducir aquí.

No me gustaría que esto se percibiese como una cuestión puramente nominalista, porque es mucho más importante que eso. El cambio de nombre no es sino un síntoma de mutaciones subyacentes que tenían que ver con una diferente visión de la realidad, cada vez más próxima al empirismo cultivado por las ciencias naturales, más tendente a la secularización y más reacia a admitir planteamientos metafísicos como explicación de los fenómenos políticos, sociales y jurídicos. Incluso en obras como las de Fichte, que no renunciaban explícitamente al derecho natural, se percibe un cambio de perspectiva que sólo puede entenderse en el marco del tránsito paradigmático que estoy esbozando: *Fundamento del derecho natural según los principios de la*

²² HUGO, G., *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privatrechts*, Berlin: August Mylius, 1819.

²³ Vid. KUHN, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contín, Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2001. Sobre el modelo de Kuhn y su aplicabilidad a la historia de las ideas jurídicas vid. LLOREDO ALIX, L., *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid: Dykinson, 2012, pp. 129 ss. Sobre su aplicación a las ciencias sociales en general vid. GÓMEZ RODRÍGUEZ, A., “T. S. Kuhn y las ciencias sociales”, *Endoxa: Series Filosóficas*, nº 9, 1997, pp. 139-166.

*doctrina de la ciencia*²⁴. Se trata de una expresión que encuentra paralelos en otras características de dicha época y que también fueron documentadas por González Vicén: “derecho natural hipotético”, “deducido del concepto de derecho”, “científico”, etcétera²⁵. En definitiva, todas estas transformaciones lingüísticas revelan una época en la que la idea de un derecho natural trascendente parecía estar yéndose a pique, y en la que sólo empezarían a admitirse los conocimientos refrendados por algún tipo de experiencia sensible.

Además de este trasunto del positivismo en el ámbito bibliográfico, se produjo un paulatino desplazamiento del derecho natural en la vida universitaria. Como ha analizado Antonio Pérez Luño para el caso español, la primera aparición de la “filosofía del derecho” en la Universidad tuvo lugar en 1851, cuando se introdujo esta asignatura en los cursos de doctorado. Más tarde se regresaría a la denominación de “derecho natural”, hasta que en 1868, tras el triunfo de la Revolución Gloriosa contra Isabel II, ésta intentó revocarse y reemplazarse otra vez por la de “filosofía del derecho”. Sin embargo, no sería restablecida como materia de doctorado hasta 1883. La desaparición final de la etiqueta de “derecho natural”, como asignatura y como cátedra universitaria, sólo pudo tener lugar en el contexto de la Segunda República, aunque después sería rehabilitada en el franquismo²⁶. Todas estas tensiones ilustran los avatares de un dificultoso cambio de paradigma, que corría en paralelo con mutaciones políticas y sociales –bien patentes en la historia española– y que dan cuenta del nacimiento históricamente condicionado de la filosofía del derecho. En síntesis, por reiterar la idea sobre la que me gustaría asentar las reflexiones subsiguientes, podría afirmarse que la filosofía jurídica nace marcada por el mundo del positivismo.

El hecho de que la génesis de la filosofía del derecho se derive de este cambio de época tan preciso tuvo consecuencias para la manera en la que empezó a pensarse sobre el fenómeno jurídico. Es verdad que, como se afirmaba antes, es posible escarbar en el pasado y encontrar autores con formas de reflexionar afines a lo que hoy entendemos como filosofía del derecho, pero no se puede decir que lo hicieran en sentido estricto. Por eso, cuando Bobbio se preguntaba por la posibilidad de realizar una historia de dicha disciplina –en diálogo crítico con empresas como la *Historia de la filosofía del derecho* de Guido Fassò²⁷–, decía que ello implicaba forzar al pasado a entrar en una horma que no le correspondía²⁸. Y por esa misma razón, el propio Bobbio acuñó una

²⁴ FICHTE, J. G., *Fundamento del Derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, trad. de José Luis Villacañas, Manuel Ramos y Faustino Oncina, estudio introductorio de José Luis Villacañas, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

²⁵ GONZÁLEZ VICÉN, F., “La filosofía del derecho como concepto histórico”, cit., p. 243.

²⁶ PÉREZ LUÑO, A. E., *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del Derecho*, 5ª ed. a cargo de Rafael González-Tablas y Fernando Llano, Sevilla: Tébar, 2007, pp. 128-130.

²⁷ FASSÒ, G., *Storia della filosofia del diritto. I: Antichità e medioevo*, edizione aggiornata a cura di Carla Faralli, Roma-Bari: Laterza, 2007, pp. 3-8.

²⁸ BOBBIO, N., “Natura e funzione della filosofia del diritto”, en ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano: Edizioni di Comunità, 1977, pp. 43 y ss.

distinción que se hizo célebre: la filosofía del derecho hecha por filósofos, que en su opinión era demasiado especulativa y poco fructífera, y la que es desarrollada por juristas, que en su opinión era más útil e interesante²⁹. Esta diferenciación traduce una de las pulsiones más firmes de la filosofía nacida al amparo del positivismo: la reflexión sobre el derecho debe provenir desde la misma experiencia jurídica y no de plataformas externas, porque la función principal de este saber es contribuir a una mejor comprensión del derecho vigente y a un mejor funcionamiento del mismo. De ahí se deriva, además, el protagonismo que Bobbio le otorgaba a la teoría de la ciencia jurídica y a la teoría del derecho, en un claro detrimento de la teoría de la justicia³⁰.

Esta pretensión de aislamiento de la filosofía del derecho, que es un reflejo de la autonomía que el derecho occidental siempre ha tratado de establecer respecto de otras esferas de la cultura³¹, ha terminado constituyendo un canon de lo que legítimamente ha de considerarse “filosofía del derecho” y ha provocado una separación muy fuerte entre la filosofía jurídica y la filosofía a secas. Así se explica el hecho de que muchos autores representativos del pensamiento del siglo XX hayan dedicado interesantes reflexiones en torno al derecho, que sin embargo no son apenas citadas por los filósofos del derecho profesionales, del mismo modo que las aportaciones de éstos muy raramente son tenidas en consideración por la filosofía *lato sensu*. Pueden mencionarse los ejemplos de Hans Georg Gadamer, que en su *Verdad y método* dedicó unas brillantes páginas a reflexionar sobre la hermenéutica jurídica³², el opúsculo de Jacques Derrida sobre la tensión entre derecho y justicia –*Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*³³–, *Lo justo* de Paul Ricoeur³⁴, *La verdad y las formas jurídicas* de Michel Foucault³⁵ o la *Filosofía moral, derecho y metafísica* de Ernst Cassirer³⁶. Todas son contribuciones de gran valor, pero apenas son tenidas en cuenta por la filosofía jurídica canónica. Salvo algunas clamorosas excepciones como *Facticidad y validez* de Habermas, esta incomunicación ha sido una constante desde la aparición del positivismo y, a mi modo de ver, revela con nitidez la distinción de Bobbio citada.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Vid. SCHULZ, F., *Principios del derecho romano*, 2ª ed., trad. de Manuel Abellán, Madrid: Civitas, 2000, pp. 39-59; MIQUEL, J., “La autonomía del derecho”, *Anuario de Derecho Civil*, 2004, vol. 57, nº4, pp. 1413-1428; SCHIAVONE, A., *Ius. La invención del derecho en Occidente*, trad. de Germán Prósperi, Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2009, pp. 54 y ss.

³² GADAMER, H.-G., *Verdad y método*, 11ª ed., trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca: Sígueme, 2005, pp. 396-414.

³³ DERRIDA, J., *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, trad. de Adolfo Barberá y Patricio Peñalver, Madrid: Tecnos, 2002.

³⁴ RICOEUR, P., *Lo justo*, trad. e introd. de Agustín Domingo, Madrid: Caparrós Editores, 1999.

³⁵ FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, 2ª ed. corregida, trad. de Enrique Lynch, Barcelona: Gedisa, 2003.

³⁶ CASSIRER, E., *Filosofía moral, derecho y metafísica. Un diálogo con Axel Hägerstrom*, ed. y trad. de Roberto Rodríguez Aramayo, Barcelona: Herder, 2010.

Esta preferencia por los juristas-filósofos, que reflexionan sobre el derecho desde el derecho mismo, es decir, desde una perspectiva interna a la experiencia jurídica, me sirve para introducir una característica sustancial del nacimiento del positivismo. Lejos de tratarse de una manifestación del devenir inmanente de las ideas, el positivismo surgió como proyección de cambios político-sociales de gran envergadura. En particular, como ha sostenido Uberto ScarPELLI, podría considerarse que se trata del correlato del Estado de derecho³⁷. En un momento histórico en el que la instancia aglutinadora del poder que hoy denominamos Estado diluyó la poliarquía predominante durante la Edad Media, se hizo necesario gestar una nueva teoría del derecho; una teoría que sirviese para apuntalar y refrendar filosóficamente el monopolio del uso de la fuerza por parte del Estado. Así se explica el nacimiento de doctrinas pro-absolutistas como las de Thomas Hobbes, que no por azar ha sido considerado algunas veces como iuspositivista o proto-positivista³⁸. Después, cuando el Estado se recicló en Estado de derecho a resultas de las revoluciones de finales del siglo XVIII y de todo el XIX, hizo acto de aparición el positivismo *stricto sensu*: una concepción que debía responder al puesto de centralidad que había adquirido el derecho en la organización de las relaciones sociales y que tenía la misión de definir lo jurídico como un fenómeno delimitado en exclusiva por el Estado. Pero el viaje era ya de ida y vuelta: lo jurídico se definía en estricta relación con el Estado, a la vez que éste quedaba constreñido por el derecho.

Es importante subrayar la idea de la centralidad del derecho, porque se trata de un rasgo característico del mundo moderno que acompañará al positivismo en toda su evolución. Pese a que en todas las épocas y culturas han existido normas para regular las relaciones vitales de una comunidad, esto no siempre ha tenido lugar a través del derecho. La sociedad puede encauzarse mediante el establecimiento de una férrea moral pública, mediante una fuerte presencia de los usos y costumbres, mediante directivas políticas o religiosas, etc. Todas estas manifestaciones normativas guardan indudables semejanzas con lo jurídico, pero no son derecho en el sentido en el que hoy lo comprendemos. Es sólo a partir de la modernidad y en especial del positivismo, cuando el derecho adquiere ese puesto de protagonismo que, al menos hasta ahora, ha tenido en nuestra organización social³⁹. A finales del siglo XVIII, esta nueva concepción de las cosas se tradujo en la glorificación de la ley como un instrumento de regulación omnipotente, lo cual incluso llegó a propiciar la fundación de un "club de los nomófilos"⁴⁰. A lo largo del XIX, sobre esta misma base, la centralidad del derecho se manifestó en el efervescente proceso de codificación (civil, mercantil y penal), que ocupó casi toda la centuria. Y durante el siglo XX, esta convicción respecto al papel medular del derecho se reveló en

³⁷ SCARPELLI, U., *Che cos'è il positivismo giuridico?* [1965], introd. e cura di Alfonso Catania e Mario Jori, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, pp. 15-49

³⁸ MURPHY, M. C., "Was Hobbes a Legal Positivist?", en *Ethics*, 105, pp. 846-873.

³⁹ Vid. GONZÁLEZ VICÉN, F., "Entrevista con Felipe González Vicén", preparada por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Doxa*, nº 3, 1986, p. 324.

⁴⁰ ZAPATERO, V., "El club de los Nomófilos", en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 3, 1998, pp. 61-96.

la aparición de un constitucionalismo fuerte, con cartas magnas rígidas y con sistemas jurisdiccionales –no políticos– de control de la constitucionalidad.

En esta cosmovisión marcada por la preeminencia del Estado y la centralidad del derecho, labrada a lo largo de dos siglos, es en la que la filosofía del derecho adquirió el fuste antes expuesto. No por azar, la *Filosofía del derecho* de Hegel está construida como un aparato de legitimación del Estado, que era la sede en la que, según el pensador alemán, el derecho alcanzaba un mayor grado de desenvolvimiento⁴¹. Y desde estas coordenadas, la casta de los juristas “positivos” –no de los juristas-teólogos de la época del iusnaturalismo, que aplicaban los esquemas religiosos al ámbito jurídico, como sigue sucediendo hoy en culturas jurídicas como la islámica⁴²– fue conquistando un enorme peso social. En un contexto en que el derecho adquiriría semejante protagonismo, que el autor soviético Eugeni Pašukanis describió como proceso de “fetichización de la ley”⁴³, el estamento de los juristas se granjeó una presencia formidable en las instituciones políticas. Con gran acierto e ironía, el francés Édouard René Laboulaye se despachó así respecto a este rasgo tan característico del nuevo paradigma positivista: “unos cuantos abogados son la sal de una Asamblea; pero que se componga de ellos en sus tres cuartas partes, francamente, es demasiado”⁴⁴.

En síntesis, la filosofía jurídica del positivismo contribuyó a generar una casta profesional de juristas al servicio del Estado de derecho, preparados para cuidar del mismo mediante una labor de actualización, sistematización y perfeccionamiento del ordenamiento jurídico. En este sentido, el papel de la filosofía del derecho era hacer las veces de maestra de ceremonias: del mismo modo que el neopositivista Moritz Schlick adjudicó a la filosofía el papel de “Reina de las Ciencias”, cuya misión era analizar y clarificar las proposiciones suministradas por las ciencias empíricas particulares⁴⁵, a la filosofía jurídica del positivismo se le vino a otorgar la tarea de contribuir a una mejor delimitación del derecho “válido”. En efecto, su función era recoger los frutos cosechados por las disciplinas jurídicas específicas –la dogmática civil, penal, constitucional, etc.– y establecer los requisitos generales que debe cumplir una norma para ser considerada como jurídica. Incluso en el caso de que la filosofía del derecho se presentara a sí misma como una teoría destinada a investigar el fenómeno jurídico desde un prisma científico, casi siempre se trataba de analizar las condiciones de validez que nos permiten concluir que una norma

⁴¹ HEGEL, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., pp. 292 ss.

⁴² LOSANO, M. G., “Las fuentes del Derecho islámico”, AA. VV., *Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho*, coord. por M^a del Carmen Barranco, Óscar Celador y Félix Vacas, Madrid: Dykinson, 2010.

⁴³ PAŠUKANIS, E., *Teoría general del derecho y marxismo*, presentación y trad. de Virgilio Zapatero, Barcelona: Labor, 1976.

⁴⁴ LABOULAYE, E. R., citado en ORTEGA Y GASSET, J., “Ideas políticas”, “España”, en ID., *Obras completas*, Madrid: Alianza, vol. 10, p. 319.

⁴⁵ SCHLICK, M., “El viraje de la filosofía”, en AA. VV., *El positivismo lógico*, compilado por A. J. Ayer, trad. de L. Aldama, U. Frisch, C. N. Molina, F. M. Torner y R. Ruiz Harrel, Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 62.

forma parte del sistema o no⁴⁶. Y esto, como acertadamente criticaron los miembros del realismo jurídico escandinavo, implicaba asumir un punto de vista interno a la experiencia del derecho, transitando sin solución de continuidad desde un propósito descriptivo hasta un enfoque prescriptivo: la investigación acerca de la validez es, en efecto, decididamente ideológica⁴⁷.

Desde una perspectiva distinta, un autor cercano al movimiento *Critical Legal Studies* como Paul Kahn también ha censurado la compulsión de casi todos los estudios iusfilosóficos por inscribir sus propuestas en el “espíritu de reforma”, es decir, por dirigir su reflexión a la modificación de algún aspecto del derecho vigente, sin preguntarse por el puesto y las características del derecho desde una plataforma externa, investigándolo como una parte más del complejo cultural en el que nos desenvolvemos los humanos: “aun la filosofía del derecho cae en este patrón de crítica y reforma. Cuando no está tras la pregunta analítica por las condiciones de validez jurídica, la filosofía del derecho contemporánea nos dice cómo deberían decidir los jueces o cómo deberían funcionar los regímenes regulativos”⁴⁸. Interpretado conforme a las categorías que se delinearon en el primer epígrafe de este artículo, creo que este planteamiento dificulta la percepción del papel del derecho en nuestra cosmovisión y, por lo tanto, impide una adecuada visión de las crisis que éste experimenta. Implica, de algún modo, colocarse como una pieza más del orden del ser, muy lejos de los bordes, asumiendo una perspectiva intra-sistemática y obstaculizando así la posible anticipación del *acontecimiento*. En el próximo apartado de este artículo trataré de profundizar en ello, a través de la pregunta respecto a si la filosofía jurídica se encuentra en crisis y, si lo está, en qué sentido.

3. ¿ESTÁ EN CRISIS LA FILOSOFÍA DEL DERECHO?

Si aceptamos la premisa del anterior epígrafe y la llevamos hasta sus últimas consecuencias, una inquietante conclusión nos sale al paso: si la filosofía del derecho es una emanación de la cultura iuspositivista, ¿estará llamada a desaparecer en el caso de que el positivismo jurídico entre en crisis? Creo que, si se ha aceptado la argumentación precedente, no hay más remedio que admitir que esto es así. Entiéndase bien: es evidente que la reflexión sobre lo jurídico no

⁴⁶ Incluso las teorías generales del derecho y las teorías de los conceptos jurídicos fundamentales surgen como respuesta a la necesidad de delimitar el dominio del derecho válido de forma taxativa. Así sucede con la jurisprudencia de conceptos, que nace y se desarrolla para diferenciar el derecho romano “actual” del que ya era irremediamente caduco (JHERING, R. von, “Unsere Aufgabe”, *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I, Aalen: Scientia, 1981, pp. 1-46), y así ocurre con la *Crítica de los conceptos jurídicos fundamentales* de Ernst Rudolf Bierling, cuyo objetivo confeso era deslindar con claridad el derecho del Estado del derecho de la Iglesia (BIERLING, E.-R., *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Aalen: Scientia, 1965, pp. 1-13).

⁴⁷ Vid. HIERRO, L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Valencia: Fernando Torres, 1981, 255 ss.

⁴⁸ KAHN, P., *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Barcelona: Gedisa, 2001, p. 9.

puede desvanecerse sin más, del mismo modo que, como veíamos páginas atrás, también ésta existió en épocas pre-positivistas. De lo que se trataría es de que la filosofía del derecho, tal y como la conocemos ahora, tendría que convertirse en otra cosa, cambiar de rostro, dedicarse a otras tareas, con probabilidad afines a las actuales, pero cualitativamente distintas. La cuestión a dilucidar, por lo tanto, es si el positivismo jurídico está en crisis.

Sobre este particular se han derramado ya ríos de tinta y no puedo entrar en ello con carácter exhaustivo. En realidad, como ya he intentado mostrar en otro lugar, la discusión sobre si el positivismo jurídico está obsoleto se viene produciendo desde casi los mismos orígenes del paradigma, con picos de especial virulencia a raíz de la inflexión antiformalista y después de la Segunda Guerra Mundial⁴⁹. Sin embargo, ha sido después de las críticas de Ronald Dworkin al modelo “de reglas” de Herbert Hart, a partir de los años setenta del siglo XX, cuando este debate parece haber adquirido una fuerza mayor. Al hilo de dicho ataque se empezaron a trenzar numerosas polémicas que cristalizaron en lo que hoy solemos llamar no-positivismo, anti-positivismo o neoconstitucionalismo. Es inútil sumergirnos ahora en un debate en profundidad respecto a las implicaciones, las sutilezas y las variantes de todas estas rúbricas –que no son siempre y necesariamente coincidentes–, pero sí conviene recalcar que el meollo de la cuestión se centra en la supuesta incorporación de la moral en los ordenamientos jurídicos típicos de los Estados constitucionales⁵⁰: en un entramado institucional en el que abundan las normas-principio y los derechos fundamentales –instancias que conllevan una fuerte carga axiológica– la pulcra delimitación del positivismo entre el derecho y la moral ya no tiene sentido. Y así las cosas, como gráficamente han dicho Atienza y Ruiz Manero, habría llegado el momento de “dejar atrás el positivismo”⁵¹.

De este giro se han derivado muchas consecuencias para el estatus de la filosofía jurídica, que ha tratado de adaptarse a la nueva coyuntura. Incluso en el caso de que no se suscriba la tesis de la obsolescencia del positivismo por las razones esgrimidas por los autores neoconstitucionalistas, me parece que es obligado admitir que las formas de hacer teoría y filosofía del derecho se han modificado desde la inflexión de los años setenta. Y se han transformado, a mi modo de ver, en el sentido de un viraje hacia la ética. No solamente por la crítica a la nítida separación entre ambas esferas –la jurídica y la moral– sino porque la ética ha vuelto a adquirir un protagonismo desconocido desde hacía mucho tiempo. En filosofía general, se ha hablado de un giro pragmático a

⁴⁹ LLOREDO ALIX, L., “Sobre la obsolescencia del positivismo jurídico (Una aproximación desde la historia del pensamiento)”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº 23, 2011, pp. 272-294.

⁵⁰ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* [1992], trad. de Marina Gascón, Madrid: Trotta, 1995, pp. 21-45.

⁵¹ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., “Dejemos atrás el positivismo”, en AA. VV., *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, ed. por José Antonio Ramos Pascua y Miguel Ángel Rodilla González, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, pp. 765-780.

partir de los años setenta, a resultas del cual se habría reinvertido la prelación tradicional que situaba a la epistemología como filosofía primera, para pasar a considerar la ética y la política como ocupaciones preponderantes de la filosofía⁵². Fundamentalmente a raíz de las aportaciones de Karl Otto Apel, Jürgen Habermas y otros autores del racionalismo crítico, pero también con el resurgimiento del pragmatismo en la versión de un pensador como Richard Rorty, la filosofía ha experimentado una marcada reorientación en favor de las cuestiones morales.

Este cambio en la filosofía general ha tenido su correlato en el mundo del derecho y de la plural reflexión en torno al mismo. Los ejemplos son inagotables, pero me limitaré a señalar sólo algunos de los aspectos más relevantes en los que esto se puede percibir.

1) En primer lugar, desde la crítica de Dworkin al positivismo jurídico y las ulteriores evoluciones del discurso iusfilosófico promovidas por Robert Alexy, se ha venido reafirmando el principio de la unidad de la razón práctica, según el cual el razonamiento jurídico no sería sino una especie del razonamiento ético *lato sensu*⁵³. La distinción entre la teoría jurídica y la ética se vería así aminorada, puesto que la primera sería una de las manifestaciones de la segunda. Se trata de una forma de rectificar la distinción de Bobbio entre juristas-filósofos y filósofos-juristas, pero circunscribiendo el debate a la filosofía moral.

2) En segundo lugar, también desde los años setenta, se ha venido produciendo un rebrote del pensamiento republicano en una de sus posibles versiones: la de las virtudes cívicas. Frente a la entronización de la ley como único instrumento regulador de la vida social, se ha verificado un resurgir de la ética de las virtudes: para poder convivir en democracia, es menester un ordenamiento jurídico bien engrasado, pero también, y sobre todo, el ejercicio de una moral cívica que interiorice y filtre las reglas del sistema en comportamientos y actitudes. Por muy buenas leyes que tengamos, si somos “un pueblo de demonios” -la expresión es de Kant- el sistema terminará yéndose a pique⁵⁴.

3) En tercer lugar, desde el último tercio del XX se ha producido un incremento de las éticas y las deontologías profesionales⁵⁵. Con este renovado interés, además, está teniendo lugar una dislocación del universo jurídico. Cada

⁵² BRONCANO, F., *Saber en condiciones. Epistemología para escépticos y materialistas*, Madrid: Antonio Machado, 2003, pp. 47-48.

⁵³ ALEXY, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, nº 5, 1988, pp. 139-151.

⁵⁴ OVEJERO, F., *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo*, Madrid: Katz, 2008, especialmente pp. 219-238; CERESO GALÁN, P. *Democracia y virtudes cívicas*, ed. por Pedro Cerezo Galán, Madrid: Biblioteca Nueva, 2005.

⁵⁵ CORTINA, A., “El estatuto de la ética aplicada. Hermenéutica crítica de las actividades humanas”, en *Isegoría*, nº 13, 1996, pp. 119-134.

vez hay más aspectos cuya ordenación se encomienda a los sectores afectados, que se ocupan así de *autorregularse*⁵⁶, en lugar de someterse a normativas promovidas unilateralmente por el Estado. Y aunque los códigos éticos y deontológicos no sean propiamente derecho –en el sentido habitual del positivismo– quizá sea hora de admitir que la fenomenología de lo jurídico se está ensanchando y asumiendo nuevas formas.

4) En cuarto lugar, a partir de la publicación de *Una teoría de la justicia* de John Rawls (1971), la filosofía del derecho ha potenciado exponencialmente una de sus ramas más desatendidas desde la incoación del paradigma positivista: la teoría de la justicia. A partir de entonces, en efecto, la reflexión sobre lo justo en una clave post-iusnaturalista se ha visto renovada. Aunque ya casi nadie considera posible dictaminar un conjunto de principios de derecho justo con carácter universal e inmutable, se han articulado muchas otras vías de reflexionar sobre la *ética jurídica* desde bases laicas y humildes respecto a las posibilidades del conocimiento.

Por lo que atañe a la filosofía jurídica, y a la teoría del derecho en particular, las corrientes críticas con el positivismo se han agarrado a alguno de estos fenómenos para dictaminar la muerte del paradigma y su necesaria superación. Me parece que estas concepciones se precipitan y que, como ya he defendido en otras ocasiones, lo máximo que podemos hacer en este contexto es proponer la aparición de un sub-paradigma ético o neoconstitucionalista⁵⁷. Y ello porque, en primer lugar, la presencia de cláusulas morales en los textos jurídicos ha sido una constante desde siempre, no sólo a partir de los Estados constitucionales de posguerra⁵⁸. En segundo lugar, además, la historicidad y la positividad del derecho son un punto de partida para todos los autores que se reclaman superadores del positivismo jurídico, lo cual les coloca sin ambages en la órbita del paradigma. Y en tercer lugar, porque las ideas principialistas de un Dworkin o un Alexy se asemejan en muchos elementos a variantes iusfilosóficas del siglo XIX –como la jurisprudencia de conceptos alemana– que son calificadas sin dudas como positivistas. Por estas razones y por otras que no vale la pena detallar, creo que sería más prudente entender el neoconstitucionalismo como una de las muchas posibilidades teóricas que el positivismo jurídico incorpora en su seno.

Así las cosas, podríamos regresar al interrogante con el que abría este epígrafe y preguntarnos: ¿ha muerto el positivismo y, por consiguiente, la filosofía del derecho? Me parece que, desde luego, no lo ha hecho como

⁵⁶ AZNAR, H., *Comunicación responsable. Deontología y autorregulación de los medios*, Barcelona: Ariel, 2000, pp. 18 ss.

⁵⁷ LLOREDO ALIX, L., “Sobre la obsolescencia del positivismo jurídico (Una aproximación desde la historia del pensamiento)”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº 23, 2011, pp. 272-294.

⁵⁸ JIMÉNEZ CANO, R., “La interpretación de las cláusulas morales del derecho”, en AA. VV., *Interpretación jurídica. Modelos históricos y realidades*, coord. por José Ramón Narvárez y Javier Espinoza de los Monteros, México: UNAM, 2011, pp. 215-239.

consecuencia de las razones apuntadas por las corrientes neoconstitucionalistas, pero que sí se encuentra en graves aprietos. Si hemos dicho que el positivismo jurídico surge como trasunto del Estado moderno y su decantación en el Estado de derecho, habría que reformular la pregunta de la siguiente manera: ¿están en crisis el Estado y/o el Estado de derecho y, por tanto, la filosofía del derecho?

Aquí es donde, a mi modo de ver, la respuesta sí podría ser afirmativa. El Estado en general, en efecto, viene sufriendo un proceso de socavamiento que también arranca en los años setenta y que en dicha época motivó, no por casualidad, que se hablara del regreso a una nueva Edad media⁵⁹. El empuje de una sociedad internacional en la que cada vez tienen más presencia las grandes empresas transnacionales y unas instituciones financieras globales que degradan la soberanía estatal –nótese así el fenómeno de la *lex mercatoria*–, así como la aparición de factores internos que laminan dicha soberanía por debajo –entidades de gobierno regional, poderes fácticos tales como iglesias, ejércitos, judicaturas constitucionales especialmente proactivas, etcétera– son hechos que le han arrebatado al Estado muchos metros en tanto que instancia monopolizadora del poder⁶⁰. Por otra parte, el Estado de derecho, en particular, también está siendo sometido a un desmantelamiento acelerado. En este último caso, no se trata de un proceso iniciado en los años setenta, sino más bien de una consecuencia de la crisis social de comienzos del siglo XXI, en la que incluso las libertades civiles básicas –derecho de manifestación y de huelga, libertad de expresión– parecen haberse puesto bajo sospecha por parte de las instituciones estatales y de las fuerzas conservadoras⁶¹.

Creo que es por estas razones por las que sí cabría afirmar que la filosofía del derecho, surgida al amparo del positivismo, puede considerarse en crisis. Obviamente, el positivismo metodológico de Bobbio o la tesis de las fuentes sociales de Hart siguen sirviendo para dar cuenta de las transformaciones que el derecho está experimentando. Tanto la *lex mercatoria* como los fenómenos de pluralismo jurídico que se derivan de la proliferación de instancias normativas no estatales, se pueden explicar en los términos de la regla de reconocimiento hartiana: se trata de hechos sociales a los que, en el seno de un determinado grupo, se les confiere autoridad normativa. Sin embargo, las teorías pueden fracasar no sólo porque no logren abarcar el conjunto de fenómenos que se proponen describir desde un punto de vista semántico, sino también porque no sean útiles para aprehender y conceptualizar nuevos problemas y desafíos. En otras palabras, porque se hayan anquilosado en viejos esquemas y acaben por no decir nada sustantivo acerca del mundo que nos rodea. Si el positivismo está en crisis, y creo que sí lo está –al menos de forma preliminar– lo estará por este segundo motivo: por mucho que su teoría del derecho parezca cumplir

⁵⁹ ECO, U., COLOMBO, F., ALBERONI, F. y SACCO, G., *La nueva edad media* [1972], trad. de Carlos Manzano, Madrid: Alianza, 2004.

⁶⁰ Vid. FERRAJOLI, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, pról. y trad. de Perfecto Andrés Ibañez, Madrid: Trotta, 2011.

⁶¹ Vid. PISARELLO, G., *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid: Trotta, 2011, pp. 169 y ss.

adecuadamente con su función de definir el ámbito de lo jurídico, no me parecen tan claro que esté planteándose los interrogantes relevantes en un contexto de crisis como en el que estamos.

He incidido mucho en las mutaciones generalizadas que se producen a partir de los años setenta del siglo XX, porque se trata de un periodo sumamente importante, al que no otorgamos la atención debida en términos historiográficos. El historiador Josep Fontana lleva algún tiempo insistiendo en que la crisis que vivimos desde 2008, y que parece estar marcando un cambio de época radical, no es sino el resultado de una deriva a la que se dio inicio en los años setenta. Según Fontana, se trataría de un proceso en el que se produjo un realineamiento de las fuerzas conservadoras –presidencia de Ronald Reagan en Estados Unidos, de Margaret Thatcher en Reino Unido, mercantilización del proyecto de integración europea, nombramiento del Papa Juan Pablo II, etcétera– y que preparó las bases para el desmantelamiento del Estado social que se está verificando a comienzos del siglo XXI⁶². Visto desde esta perspectiva, el giro ético al que antes me he referido podría considerarse como una forma de empoderamiento moral ante la crisis institucional que ya se estaba poniendo en marcha. Por supuesto, se trata de una de esas impregnaciones ideológicas inadvertidas –como siempre se infiltra la ideología– que no vinculan a los actores del proceso y que no suelen ser percibidas como tales por ellos mismos. Desde este enfoque, podría argumentarse que la inquina hacia lo estatal, que se refleja en la profusión de escritos que surgieron en torno al problema del paternalismo a partir del último tercio del XX, también se explica en ese marco de remercantilización y desestatalización. Y en fin, la reivindicación republicana de la ética ciudadana o el auge de las deontologías profesionales también pueden leerse en esta clave: como sostuvo María Zambrano al comentar la filosofía de Séneca, las apelaciones a la moral y a la virtud casi siempre tienen lugar en épocas de crisis⁶³.

⁶² Vid. FONTANA, J., *Por el bien del imperio. Una historia del mundo desde 1945*, Barcelona: Pasado & Presente, 2011; ID., *El futuro es un país extraño*, cit., p. 18.: “La crisis de 2008 aparece en la mayoría de los análisis de estos primeros años del siglo XXI como el gran problema de nuestro tiempo. Lo que en las páginas que siguen quisiera hacer es analizar una realidad que va mucho más allá de los cambios temporales que suele provocar una crisis, y sostener que la gran mutación histórica que estamos viviendo no arranca de 2008, sino de los años setenta del siglo pasado, cuando se rompieron las reglas que habían alimentado la ilusión de un mundo que evolucionaba hacia un progreso continuado, no solo en el terreno de la producción de bienes y servicios, sino en el del bienestar colectivo. La propia crisis fue una consecuencia del proceso de desregulación de la actividad empresarial y del empobrecimiento gradual de los trabajadores y de las clases medias, que se inició en los años setenta y que condujo a una situación en que iban a perder no solo sus bienes, sino también sus derechos sociales y sus libertades”.

⁶³ ZAMBRANO, M., *El pensamiento vivo de Séneca*, 2ª ed., Cátedra: Madrid, 1992, pp. 11-16. De hecho, la popularidad que alcanzó la figura de Séneca en la época de regeneracionismo español se debe entender desde este mismo prisma. Vid. GANIVET, A., *Idearium español y el porvenir de España*, 4ª ed., Buenos Aires: Espasa-Calpe, 1949, pp. 9-13; vid. también COSTA, J., “El programa político del Cid Campeador”, en *Oligarquía y caciquismo, colectivismo agrario y otros escritos (Antología)*, ed. y prólogo de Rafael Pérez de la Dehesa, Madrid: Alianza, 1967, pp. 172-179.

Así las cosas, la moralización del derecho que parece estar en la base de todas las críticas al positivismo en la iusfilosofía contemporánea no sería sino una vertiente de una crisis bastante más honda, cuyas prolongaciones y resultados estamos empezando a ver ahora. La clave no estaría en la potente penetración de la ética en nuestra concepción de la realidad, sino en el vaciamiento institucional, en la paulatina desmembración del Estado y en la ruptura del pacto social que había funcionado como regla después de la Segunda Guerra Mundial. En este sentido, la dispersión de los filósofos del derecho en campos aparentemente ajenos y exóticos –las relaciones entre cine y derecho o literatura y derecho, la antropología jurídica, la bioética, la cibernética o la informática jurídica, la sociología del derecho y un largo elenco de cuestiones que se podrían mencionar– me parece mucho más reveladora de las nuevas derivas por las que veremos caminar a la filosofía del derecho en lo sucesivo, que el debate sobre la incorporación de la moral o la profusión de las teorías neoconstitucionalistas. Si lo analizamos desde la teoría de los paradigmas científicos de Thomas Kuhn, a la que ya me he remitido páginas atrás, este fenómeno de dispersión e hibridación metodológica, de interdisciplinariedad y de cierta confusión, podría leerse como un síntoma de quiebra paradigmática. En efecto, se trataría de un momento en el que los moldes por los que parecía discurrir la investigación en su fase “normal” son percibidos como insuficientes por los científicos que se dedican a cultivar la disciplina en cuestión, en este caso los iusfilósofos. De ahí la necesidad de buscar otras vetas temáticas y otros métodos, así como la obsesión por vincularse con otros campos de la cultura: en el fondo, todas éstas son tentativas de romper los esquemas disciplinares heredados y de buscar otros nuevos.

Por retomar las categorías propuestas en el primer apartado de este artículo, se trataría de un inconsciente fenómeno de aproximación al *borde*, de redefinición de los interrogantes pertinentes y de dislocación del significado de los antiguos. La dualidad entre volver a un Estado de derecho de impronta legislativa o quedarnos con el modelo del Estado constitucional⁶⁴ funcionaría así como una de las síntesis disyuntivas –y desorientadoras– a las que me refería en la primera parte, al igual que la dicotomía entre positivismo jurídico incluyente o excluyente, o que la tensión entre democracia directa o representativa. Son rúbricas duales que nos impelen a situarnos en uno u otro lado de la trinchera y que, vistos desde la perspectiva que estoy intentando adoptar, no hacen sino alinear las posiciones teóricas de forma monolítica, maniquea y acrítica, emborronando las cuestiones importantes e impidiendo que pensemos sobre la crisis desde una postura autónoma. Son más interesantes, me parece, esos otros acercamientos al estudio del derecho que discurren en los bordes del canon y que incluso se arriesgan a recibir el

⁶⁴ Vid. LAPORTA, F., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta, 2007, pp. 167 ss. Frente a la entronización del Estado constitucional, de los principios o la incorporación de la moral, Laporta nos recomienda volver parcialmente a un modelo de Estado fundamentado en el principio de legalidad.

calificativo de *a-filosóficos*⁶⁵, de claudicantes o incluso de diletantes. No tanto por lo que aporten en sí, cuanto por el hecho de que caminan a tientas en busca de un nuevo paradigma de comprensión.

Lo importante del caso no es, sin embargo, las formas que vaya a asumir la reflexión sobre el derecho en el contexto post-positivista y post-estatalista al que estamos asistiendo, sino el papel que vaya a asumir el derecho mismo. La ciencia y la filosofía evolucionan en función de la realidad, no ésta al albur de aquéllas. En este sentido, tengo la impresión de que estamos a las puertas de un proceso de redefinición de lo jurídico y de una pérdida de la centralidad de éste, al menos de la forma en que lo hemos conocido hasta ahora. En el último epígrafe dedicaré algunas líneas a reflexionar sobre esto.

4. CONCLUSIÓN: ¿CRISIS DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA O CRISIS DEL DERECHO?

Si el Estado y el Estado de derecho están en crisis, como he tratado de exponer en el epígrafe anterior, la conclusión parece obvia: el derecho mismo también lo está. Javier Ansuátegui ha afirmado que, más que de un “derecho dúctil” –como decía en su día Gustavo Zagrebelsky– tendremos que empezar a hablar de un “derecho borroso”⁶⁶. La expresión me parece gráfica y acertada porque, en efecto, los límites de lo jurídico se están empezando a redefinir de manera asombrosamente rápida e incierta. Si antes disponíamos de reglas más o menos certeras para delimitar aquello que ha de concebirse bajo el paraguas del derecho, estos baremos empiezan a tambalearse. Y no me refiero con esto a problemas clásicos de la teoría del derecho como la demarcación entre el derecho estatal y el canónico, o a la cuestión de si la jurisprudencia de jueces y tribunales es o no es derecho. Me refiero a problemas más sustantivos y apremiantes que exceden de ese tipo de investigaciones, más bien propias de la fase de normalidad del paradigma positivista. La hegemonía de lo jurídico se está desvaneciendo y, en este contexto, la borrosidad del derecho tiene que ver con su potencial disolución, con el hecho de que se está difuminando su poder como instrumento regulador.

Stefano Rodotà se ha referido al “imperialismo jurídico” que caracterizó nuestro mundo desde Jhering en adelante⁶⁷, para referirse a la pulsión del derecho por penetrar en todos los reinos de la actividad humana: “no hay nada que el derecho no quiera tocar, disciplinar, poseer”⁶⁸. Sin embargo, pese a lo

⁶⁵ Éste es el calificativo que le dedicó Josef Kohler a Rudolf von Jhering a finales del siglo XIX, en otro momento de redefinición paradigmática en el que Jhering, precisamente, estaba empezando a acercarse a otras disciplinas no estrictamente jurídicas. Vid. KOHLER, J., *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlin und Leipzig: Walther Rothschild, 1909, p. 16.

⁶⁶ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *Filosofía del derecho y constitucionalismo. Vertientes y problemas*, Universidad Autónoma de Occidente-Universidad Carlos III: Bogotá, 2011, p. 112.

⁶⁷ RODOTÀ, S., *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, trad. de A. Greppi y pról. de J. L. Piñar Mañas, Madrid: Trotta, 2010, p. 29.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 33.

que sostiene después Rodotà, me parece que ese periodo ha tocado a su fin. Estamos en un momento de retraimiento del derecho, en el que éste desaparece de muchos de los espacios que había conquistado antaño. Es verdad que oímos hablar de derecho por doquier, que los jueces aparecen a diario en los informativos, que proliferan las peticiones de regulación legal de éste u otro aspecto, que los políticos despachan sus conflictos a través de los tribunales... De hecho, se ha vuelto bastante común hablar de la “judicialización de la política”. Con todo, creo que lo que ocurre es precisamente lo contrario: que se está politizando el derecho, es decir, que la política está penetrando en parcelas que antes se reservaban en exclusiva al derecho y que éste está difuminándose como consecuencia del empuje de aquélla. Vistas desde este prisma, las hipótesis del no-derecho o de la desaparición del derecho, características de muchas corrientes de pensamiento utópico y del marxismo jurídico clásico, adquieren un interés que hasta hace poco parecía impensable.

Me gustaría referirme a Eugeni Pašukanis en particular, porque se trata de uno de los juristas soviéticos más atractivos y más alejados del marchamo de dogmatismo que durante mucho tiempo le hemos adjudicado a la teoría del derecho soviética. El punto de vista de Pašukanis es similar al de otros de sus contemporáneos como Piotr Stučka, según el cual el derecho traduce determinados “intereses de clase”⁶⁹ y resulta ser así un instrumento de dominación en manos de la clase hegemónica. Sin embargo, el enfoque de Pašukanis es mucho más original, puesto que sostiene que no sólo el *contenido material* del derecho es fruto de la ideología dominante, sino que la misma *forma jurídica* es una consecuencia de las condiciones económicas marcadas por el capitalismo⁷⁰. Al abolir el orden de privilegios y estatus jurídicos particularizados del feudalismo, el capitalismo entronizó al derecho como forma de regulación por antonomasia, definiéndolo como la regla dada por el Estado y con carácter *erga omnes* –frente a todos– sin señalamiento de especialidad alguna por razón de clase social, raza o género. Esa idea formal de igualdad ante la ley, pensada desde una óptica profundamente individualista – como regla dirigida al *sujeto de derecho*, que en realidad no era sino el sujeto poseedor de mercancías⁷¹– conllevaba un peligro aún mayor que la desigualdad explícita del derecho del Antiguo Régimen, porque ensalzaba a la ley como herramienta absoluta y supuestamente igualitaria, cuando en realidad los lazos de dominación seguían existiendo *de facto*. Al separar el derecho de la sociedad y la política, como una suerte de *forma* abstracta sin contenido ideológico *per se*, se producía un fenómeno similar al de la fetichización de la mercancía descrito por Marx en *El Capital*, que hacía pasar como natural e intangible lo que no es sino una construcción social. Y ello implicaba, según Pašukanis, la invisibilización de las relaciones de dominación. En este sentido, si resulta que no sólo el contenido del derecho, sino el derecho mismo es un resultado del

⁶⁹ STUČKA, P., “La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato”, en *Teorie sovietiche del diritto*, a cura di U. Cerroni, Milano: Giuffrè, 1964, pp. 5-74, especialmente 12-19.

⁷⁰ PAŠUKANIS, E., *Teoría general del derecho y marxismo*, cit., pp. 41-42.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 55-56.

modo de producción capitalista, la emancipación auténtica sólo podría llevarse a cabo mediante la desaparición final del derecho⁷².

Éste es el punto que más se le ha censurado a Pašukanis y al marxismo jurídico clásico en general. El mismo Stalin rectificó este punto de vista inicial, condenando a muerte a Pašukanis y a todos los que, como él, siguieron postulando la necesidad de abolir el derecho y el Estado. La verdad es que, vista desde el prisma un tanto simplista con el que estamos habituados a considerarla, la tesis de la desaparición del derecho es rematadamente absurda. Sin embargo, si le damos una vuelta de tuerca en términos de la argumentación que he desarrollado hasta ahora, y la leemos como una idea descriptiva –no como un objetivo al que llegar, como pensaba Pašukanis– quizá no se trate de algo tan descabellado. En realidad, el derecho está desapareciendo tal y como lo habíamos conocido hasta ahora, y el Estado está siendo sustituido por un complejo de poderes fácticos que determinan la política y la economía con mucho más protagonismo que éste, desde otras fuentes y con arreglo a otros intereses. En líneas generales, esto no está ocurriendo para bien, sino precisamente para instaurar mayores grados de impunidad, desigualdad e indefensión. Sin embargo, seguimos manteniendo el discurso teórico de la soberanía del Estado, de la primacía del derecho, del imperio de la ley y de la efectividad de la democracia. Creo que se trata de viejos estandartes que, en un mundo determinado por grandes empresas transnacionales, por poderes financieros globales que condicionan las decisiones de los Estados, este relato hace las veces de cortina de humo y encubre los lazos de dominación reales, exactamente igual que la fetichización de la ley descrita por Pašukanis disfrazaba las relaciones de poder que subsistieron a pesar de las revoluciones liberales.

¿Qué podemos hacer ante esta galopante pérdida de la centralidad del derecho? ¿Qué perspectivas teóricas adoptar y que soluciones prácticas acometer? Aquí es donde radica el interés de rescatar una teoría olvidada como la de Pašukanis. Ante la supuesta desaparición del derecho, el jurista soviético proponía el reemplazo de éste mediante una “política audaz”⁷³. Generalmente, esto ha sido interpretado como una versión del clásico aforismo germano *Macht vor Recht* (el poder precede al derecho), que a menudo ha sido instrumentado como una forma de ataque al Estado de derecho en regímenes autoritarios. Sin embargo, ésta no es la única lectura posible. Desde casi todas las teorías sociológicas del derecho se ha enarbolado dicho emblema de una u otra manera: en lugar de concebir el fenómeno jurídico como un punto nodal a través del que contemplar la realidad, se trataría de ver éste como un tipo particular de práctica social y como un ámbito inoculado por relaciones de poder. Las distinciones entre teoría del derecho, sociología y antropología quedan así diluidas, pero esto no es necesariamente perjudicial: implicaría

⁷² *Ibidem*, pp. 115 ss.

⁷³ *Ibidem*, p. 115 ss.

adoptar un enfoque interdisciplinario como el que, de hecho, ya se está verificando en la filosofía jurídica (vid. *supra*, § 3).

Este tipo de perspectiva suele ser vista con suspicacia porque, en líneas generales, la cultura iuspositivista que se fraguó al calor del auge del Estado de derecho propendía a aislar el fenómeno jurídico respecto del reino de la política, como si aquél estuviera al margen de contaminaciones ideológicas. De ahí se deriva que Kelsen quisiera construir su “teoría pura” con independencia de consideraciones éticas, sociales o políticas⁷⁴, y así se explica que ni siquiera los filósofos del derecho suelen plantearse las relaciones entre política y derecho. Así como el análisis de los lazos entre el derecho y la moral ha sido una constante desde el mismo inicio del paradigma positivista, no ocurre lo mismo con la política, que es clamorosamente olvidada en casi todos los estudios⁷⁵. Es por ese prurito “aislacionista”, por lo que un autor de estricta actualidad como Luigi Ferrajoli ha diseñado su teoría de la democracia *desde* la teoría del derecho –y no a la inversa– y por lo que su *Principia Iuris* está precisamente fundamentada en colocar la teoría jurídica con anterioridad a la política⁷⁶. Este tipo de planteamientos se defienden como corolario inevitable de la adscripción disciplinar –el jurista debe ver la realidad *desde* el derecho–, pero encubren presupuestos ideológicos significativos.

En efecto, no creo que esta desconsideración teórica de la política sea inocente, ni creo que esté privada de repercusiones en el ámbito práctico. De hecho, forma parte del argumentario del que se dotó la cultura iuspositivista para conjurar los peligros potenciales de socavamiento del Estado de derecho. Recordemos que, en efecto, esta forma jurídico-política se desarrolló en paralelo a una teoría que alzó el derecho a un papel protagonista en la organización de las relaciones sociales, y que aupó a los juristas a los primeros escalafones de la vida pública. En ese contexto, la neutralización de la política a través del derecho era una de las tareas más perentorias a acometer. Ahora bien, una vez concluido que ése no es el único horizonte de sentido posible (vid. *supra*, § 2), y una vez constatada la situación crítica en la que se hallan el Estado de derecho y las instituciones a él anejas (vid. *supra*, § 3), puede volver a plantearse la cuestión respecto al puesto que debe desempeñar la política en nuestro mundo. Desde este punto de vista, reivindicar la primacía de la política no debería verse como un atentado a la cultura democrática, sino como una radicalización de la

⁷⁴ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre* [1934], Studienausgabe der 1. Auflage 1934, hrsg. Von Matthias Jestaedt, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 15.

⁷⁵ LLOREDO ALIX, L., “La lucha por el derecho como imperativo ético y político. Glosas a Rudolf von Jhering”, en *Revista telemática de filosofía del derecho*, nº 15, 2012, pp. 231-258, especialmente 233 ss.

⁷⁶ FERRAJOLI, L., *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, vol. 2, trad. de Juan Carlos Bayón, Marina Gascón y Luis Prieto, Madrid: Trotta, 2011, p. 16 ss. Dentro de la peculiar sistemática de su teoría, basada en la asunción de unos “términos primitivos” a partir de los que se desenvuelven el resto de consideraciones filosóficas, Ferrajoli arranca de lo que en mi opinión es absurdo, a saber, adoptar el término “democrático” como tesis primitiva (y por tanto indemostrada). Vid. p. 81 del vol. 1.

misma, como una forma de hacer del derecho un ejercicio más sometido a la deliberación pública de lo que lo es ahora, más cercano a las problemáticas sociales y menos propenso a encerrarse en su aislamiento tradicional.

De hecho, creo que el rasgo más sobresaliente de la pérdida de la centralidad del derecho a la que estamos asistiendo no es tanto la penetración de la moral, como se nos dice desde las teorías neoconstitucionalistas, sino un reverdecimiento de la política, una politización de lo jurídico que está minando el papel hegemónico que hasta ahora se le otorgaba al derecho. Desde luego, la conexión entre ambas esferas siempre ha existido, pero en el marco del paradigma anterior ésta se procuraba silenciar. El polémico abogado Jacques Vergès ha sostenido que la distinción clásica entre procesos comunes y procesos políticos nunca existió, pues todo proceso, por la propia naturaleza del derecho, ha de ser político⁷⁷. Sin embargo, dicha diferenciación parecía funcionar como una obviedad, porque se sustentaba en la mencionada separación de derecho y política. Hoy en día, la esencia política del derecho se está poniendo de relieve con fuerza: las polémicas entre interpretaciones judiciales opuestas se someten a menudo al debate público, se duda de la imparcialidad de los jueces, los políticos recurren a los tribunales como cauce para dirimir conflictos y tomar decisiones, la ciudadanía pugna por participar en la producción de leyes con mayor protagonismo... En definitiva, el carácter supuestamente apolítico del derecho se está poniendo en tela de juicio.

El proceso de disolución del derecho nos está arrastrando a una enorme pérdida de seguridad jurídica y no sabemos lo que terminará acarreado⁷⁸. De hecho, pese a la perspectiva potencialmente halagüeña que puede tener el desplazamiento de lo jurídico en favor de lo político, lo cierto es que hasta ahora el fenómeno está siendo aprovechado desde posturas conservadoras y antidemocráticas, que incurren con frecuencia en un uso arbitrario, partidista y opresivo del derecho. Que lo utilizan como una herramienta más de dominación. Sin embargo, se trata de un proceso abierto, como todos los momentos de crisis, y también cabe la alternativa contraria: que la politización del derecho revierta en una mayor participación de la ciudadanía y en un empoderamiento de ésta respecto a los asuntos “jurídicos”. En definitiva, si retomamos el discurso que se hacía en el primer epígrafe de este artículo, se trataría de analizar la crisis del derecho como un punto de inflexión en el que se puede y se debe tomar parte, y no como una fatalidad ante la que no cabe sino un sacrificio ritual. Como una fase, por consiguiente, en la que se puede hacer emerger lo “Real” en un sentido emancipador.

En España, ya se han manifestado algunos signos en este sentido, como puede constatarse en el hecho de que la iniciativa legislativa popular relativa al

⁷⁷ VERGÈS, J., *Estrategia judicial en los procesos políticos*, trad. de M^a Teresa López Pardina, posfacio de Jorge Herralde, Barcelona: Anagrama, 2009, pp. 23 ss.

⁷⁸ Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., “Derecho e incertidumbre”, en *Anuario de filosofía del derecho*, n^o XXVIII, 2012, pp. 97-118.

derecho a la vivienda y a la reforma de la ley hipotecaria haya tenido que ser admitida a trámite en el Congreso de los Diputados, o en la efervescencia social que se ha producido al hilo de determinados asuntos legales. Fuera de España, también hay elementos que permiten vislumbrar esta posibilidad. Desde las reivindicaciones del llamado constitucionalismo popular en Estados Unidos, cuya meta es volver a democratizar la constitución, haciendo partícipe a la ciudadanía de su importancia y su responsabilidad hacia ella –así como articulando cauces para que los asuntos constitucionales puedan someterse a procesos deliberativos⁷⁹– hasta el denominado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, cuyo rasgo más sobresaliente es la reapropiación de la Constitución en un sentido político, democrático y aun revolucionario: frente al constitucionalismo clásico liberal, en buena medida basado en la proscripción de la participación, el nuevo constitucionalismo aspira a una mayor deliberación pública y está fundamentado en procesos de empoderamiento ciudadano que han capitaneado el proceso⁸⁰.

Creo que, en síntesis, caben al menos dos tipos de actitud frente a la pérdida de la centralidad del derecho. La primera es la que, utilizando el concepto de Boaventura de Sousa, podría catalogarse como una respuesta débil-débil. Consistiría en responder a la crisis del derecho denunciando el estado de desprecio frente a lo jurídico en que nos encontramos y exigiendo, como solución ante tal estado, una rehabilitación del derecho. En suma, se trataría de responder con más derecho a la crisis del derecho. Creo que, con matices, ésta es la postura que adoptan teorías como la de Luigi Ferrajoli. La segunda es la que Boaventura de Sousa denomina respuesta fuerte-débil y consiste, desde un prisma dialéctico, en transformar la perplejidad que nos provoca la situación actual en “energía y valor positivos”⁸¹. Se trataría de una actitud dispuesta a asumir los riesgos que implica no arrellanarse en los esquemas y los mapas heredados y pensar, aunque nunca con la tangibilidad propia del discurso actual y oficial, en otros horizontes de sentido posibles. En otros horizontes que, no obstante, no son mera proyección quimérica, sino que nacen de la observación de las contradicciones de nuestro tiempo. En este sentido, como he tratado de fundamentar aquí, creo que la contradicción en la que estamos sumidos tiene que ver con el replanteamiento de la tensión entre derecho y política, y no con la clásica del derecho y la moral. En esa brecha estamos y en torno a ella es donde debemos seguir reflexionando. Es ahí donde, a mi modo de ver, puede localizarse “lo Real” jurídico al que la filosofía del derecho de nuestros días debería aspirar.

⁷⁹ Vid. KRAMER, L., *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford: Oxford University Press, 2004.

⁸⁰ VICIANO PASTOR, R. Y MARTÍNEZ DALMAU, R., “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, ed. por R. Viciano Pastor, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 11-50.

⁸¹ SOUSA SANTOS, B., *Sociología jurídica crítica*, nota introductoria y revisión de la trad. de Carlos Lema, Madrid: Trotta, 2009, p. 15.