

## INTRODUCCIÓN

Como su propio nombre indica, la filosofía del derecho o filosofía jurídica es filosofía: es una parte, rama o especie del saber filosófico<sup>1</sup>. Se trata, pues, de la visión filosófica del derecho, del estudio, análisis o comprensión del derecho por parte de la filosofía. Tanto por su objeto –por su objeto *formal*: por la forma o razón bajo la cual se toma la realidad que estudia, el derecho–, cuanto por su método y su finalidad, es decir, por el tipo de cuestiones que se plantea y el modo de buscar sus respuestas, la filosofía del derecho es una disciplina filosófica. El tipo de ejercicio intelectual que se lleva a cabo cuando se cultiva esta disciplina, es un ejercicio especulativo-filosófico, con independencia de que el sujeto que lo lleva a cabo se denomine filósofo, jurista o de cualquier otra forma que indique una dedicación profesional. Carece de fundamento afirmar, como hace d’Ors, que mientras que la historia –la historiografía– de cualquier disciplina –la historia del derecho, por ejemplo– convierte en historia dicha disciplina, la filosofía, sin embargo, “permanece radicada en la materia a que se refiere. Así, la «filosofía del derecho» sigue siendo derecho, filosóficamente considerado”<sup>2</sup>. No hay ninguna razón para que lo que ocurre con la historia, no ocurra también con la filosofía. Epistemológicamente, la consideración

1. Gregorio Robles, *Introducción a la teoría del derecho*, Debate, Barcelona, 2003, p. 43.

2. Álvaro d’Ors, *Nueva introducción al estudio del derecho*, Civitas, Madrid, 1999, p. 56.

filosófica del derecho es filosofía, no derecho (entendiendo aquí por “derecho” una disciplina).

Por su materia, la filosofía del derecho está intrínsecamente vinculada a las otras ramas de la filosofía práctica, y particularmente a la filosofía política y a la ética o filosofía moral. Son muchos los que han reconocido la realidad e importancia de esta vinculación, y la necesidad de volver a tenerla en cuenta, de recuperar la unidad de la filosofía práctica, frente al dogma moderno de la autonomía de las ciencias y el consiguiente empeño por aislar e independizar cada uno de esos saberes, cuyo fruto ha sido el estancamiento de estos en una autoreferencialidad estéril<sup>3</sup>. Como afirma Finnis, la filosofía práctica constituye “una unidad de investigación que puede subdividirse en «moral», «política» y «jurídica» sólo por una ventaja pedagógica o expositiva, que se arriesga a falsear la comprensión de las tres”<sup>4</sup>. Efectivamente, puede haber razones heurísticas y docentes para distinguir esas disciplinas entre sí, pero no es posible convertir esta distinción en separación o independización sin poner en peligro el sentido de cada una de ellas y la comprensión de la realidad que cada una tiene por objeto. La unidad de la filosofía práctica, la vinculación entre filosofía política, moral y jurídica constituye la orientación de fondo de estas páginas, que están precedidas por sendos trabajos sobre filosofía política y ética<sup>5</sup>.

Como toda filosofía, la filosofía del derecho parte de una experiencia. La filosofía –sea filosofía jurídica, política, moral, etc.– no produce su objeto; se lo encuentra dado como realidad experimentada o vivida, como realidad de la que ya existe un conocimiento previo, prefilosófico. La filosofía es una reflexión, una vuelta al fenómeno –al fenómeno del derecho en el caso de la filosofía jurídica–, para alcanzar una comprensión más profunda,

3. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 33; José Antonio Seoane, “Un código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy”, en Pedro Serna (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Comares, Granada, 2003, p. 52; Robert Alexy, *El concepto y la naturaleza del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 41, John Finnis, “What is the Philosophy of Law?”, *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2012, pp. 67,75-76; Joseph Raz, *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 12, 13 y 173; John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 33.

4. John Finnis, *Ley natural...*, op. cit., p. 386.

5. Alfredo Cruz Prados, *Ethos y Polis. Bases para una reconstrucción de la filosofía política*, EUNSA, Pamplona, 2006 (2ª); Idem, *Deseo y verificación. La estructura fundamental de la ética*, EUNSA, Pamplona, 2015.

ilustrada y racional –una intelección– de ese mismo fenómeno que es el contenido de la experiencia.

Pero la experiencia de la que parte y sobre la que reflexiona la filosofía del derecho no es, como a veces se piensa, la experiencia del jurista, del profesional del derecho, sino la experiencia común del derecho, la experiencia que, en general, todo ciudadano tiene del derecho, en virtud de las acciones y relaciones que constituyen su vida social. El derecho es una realidad que está presente en la vida de todo ser humano en tanto que ser social. La experiencia del jurista, y la misma existencia de los juristas, forma parte del fenómeno del derecho, y se trata obviamente, de una parte especialmente importante y significativa. Pero esta singularidad no permite afirmar, como hace Hervada, que “el mundo del derecho es el mundo de los juristas”, que el derecho es “primordialmente un fenómeno propio de los juristas”, y que, en consecuencia, la filosofía del derecho es la reflexión sobre el mundo de los juristas y desde la perspectiva del oficio de jurista<sup>6</sup>.

Como el mismo autor reconoce, “jurista viene de *ius*, como artista viene de arte”<sup>7</sup>. El derecho, el *ius* es la razón de ser y la fuente de sentido del oficio de jurista. Es desde la comprensión del derecho como podemos comprender la función del jurista, que no es otra que la *jurisdicción*: decir el derecho, identificarlo<sup>8</sup>. Y esa comprensión del derecho, que es condición de la comprensión del oficio de jurista –y, en el fondo, de todo lo calificable de “jurídico”– es el objetivo primordial de la filosofía del derecho, y es una comprensión que, lógicamente, resulta posible, e incluso necesaria, con independencia de la condición de jurista. El mundo del derecho no es sólo el mundo de los juristas, como el mundo del arte no es sin más el mundo de los artistas. Y la filosofía del derecho no es la reflexión hecha por el jurista sobre su propio mundo, de la misma manera que la filosofía del arte no es la reflexión del artista sobre su propia experiencia artística. Y lo mismo cabe decir de otras ramas de la filosofía, como la filosofía política, la filosofía de la ciencia, la filosofía de la educación, etc.

No es, precisamente, la perspectiva del jurista la que corresponde como propia a la filosofía jurídica, la que especifica formalmente esta disciplina.

6. Javier Hervada, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 2000, pp. 50, 72 y 73.

7. *Ibid.*, p. 74.

8. *Ibid.*, p. 75.

Bien al contrario, si la filosofía del derecho es “la especulación filosófica sobre el derecho”<sup>9</sup>, si se trata verdaderamente de una disciplina filosófica<sup>10</sup>, y si —como dice Villey— “la definición del derecho pertenece a los filósofos”<sup>11</sup>, el desarrollo de esta disciplina exige trascender la perspectiva del jurista y adoptar la del filósofo. Y trascender la primera comporta necesariamente ensanchar el horizonte de la experiencia de la que se parte y sobre la que se reflexiona. Al elevar el punto de vista, se amplía el campo de visión. La filosofía del derecho requiere tener en cuenta algo más que la experiencia del derecho que es propia del jurista.

Nada de esto obsta para reconocer que la filosofía del derecho tiene, obviamente, un valor y un papel especial para el jurista, para todo aquel que cultiva y practica el saber jurídico. Esta filosofía proporciona a la ciencia jurídica sus fundamentos más radicales, la concepción más profunda y universal de su objeto de estudio y de sus exigencias metodológicas. Cabe afirmar que un saber jurídico que, por considerarse autosuficiente, prescinde de la filosofía del derecho, es decir, desiste de alcanzar el nivel filosófico de ese mismo saber, es un saber jurídico incompleto, en tanto que permanece inconsciente de sus propios presupuestos<sup>12</sup>. Es posible que, como Couture llega a decir “en la vida de todo jurista hay un momento en el cual la intensidad del esfuerzo en torno a los textos legales conduce a un estado de particular insatisfacción. El derecho positivo va despojándose de sus detalles y queda reducido a una ciencia de grandes líneas. Pero, a su vez, estas grandes líneas exigen un fundamento que la misma ciencia no puede proporcionar. El jurista se siente entonces como si la tierra le faltase bajo los pies, e invoca la ayuda de la filosofía. La mayor desgracia que le puede ocurrir a un estudioso del derecho es la de no haber sentido jamás su disciplina en un estado de ansia filosófica”<sup>13</sup>.

El problema inicial con el que se topa la filosofía jurídica, al igual que otras ramas de la filosofía, es cómo delimitar la experiencia que constituye su

9. Ibid., p. 2.

10. Ibid., “Prólogo”, p. XVII.

11. Michel Villey, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1976, p. 57.

12. José María Rodríguez Paniagua, *Historia del pensamiento jurídico*. Universidad Complutense, Madrid, 1984, p. 447.

13. E. J. Couture, “Prefacio” a J. Goldschmidt, *Problemi generali del diritto*, Padova, 1950, p. 2; cit. en Giuseppe Graneris, *La filosofía del derecho a través de su historia y de sus problemas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, p. 109.

punto de partida, ya que, como acabamos de ver, el criterio de esta delimitación no se encuentra en una particular condición subjetiva –jurista, político, artista,...– que, en el fondo, es interna a esa misma experiencia. ¿Cómo es posible saber qué fenómenos forman parte de la experiencia jurídica? ¿Cómo podemos seleccionar los hechos, relaciones y acciones que componen el mundo del derecho? Inevitablemente, lo que identificamos como experiencia jurídica, como manifestación empírica de lo mismo que tratamos de comprender racionalmente en la filosofía del derecho, responde a una idea que ya tenemos acerca del derecho, una idea genérica, vaga y espontánea, que la reflexión filosófica tiene la misión de examinar, corregir y precisar. Afirmar que la filosofía del derecho comienza por alguna forma de identificación empírica de su objeto, equivale a afirmar que la filosofía del derecho comienza con alguna precomprensión, común y no reflexiva, del derecho<sup>14</sup>.

Pero, si la filosofía jurídica busca transformar esa precomprensión en una comprensión formal, reflexiva y precisa del derecho, entonces, la filosofía jurídica tiene también una función crítica y correctiva acerca de la misma experiencia de la que parte, pues el esclarecimiento de esa inicial precomprensión del derecho comporta necesariamente una mejor identificación, caracterización y delimitación de la experiencia jurídica. La fenomenología sirve de base para la filosofía y, a la vez, es rectificada por ésta. Todo avance en la comprensión de lo descrito implica un progreso en la descripción.

Según Ricoeur, nuestra primera y más elemental captación del derecho se encuentra contenida en la experiencia de la indignación, en el grito “¡Esto es injusto!”. Provocan nuestra indignación los repartos desiguales, las promesas incumplidas, los castigos desproporcionados, las condenas arbitrarias, las retribuciones inmerecidas,...<sup>15</sup>. No es lo simplemente malo lo que provoca nuestra indignación, ni ésta consiste sólo en un sentimiento de rechazo o detestación de lo inmoral. Es más bien una reacción ante lo que se siente como un agravio a nuestro inacallable sentido de que existe una medida no arbitraria y caprichosa de lo que corresponde a unos y a otros. La reflexión sobre esta experiencia común hace progresivamente más explícita, clara y precisa la idea de lo apropiado, de lo justo, del derecho,

14. Robert Alexy, *op. cit.*, p. 38.

15. Paul Ricoeur, *Lo justo*, Caparrós Editores, Madrid, 1999, p. 23.

que estaba implícita en esa experiencia, como condición de posibilidad de la misma, y, en consecuencia, dicha reflexión nos permite revisar nuestra inicial experiencia de la indignación y dotarla de una orientación y de un criterio más depurados.

Todo lo anterior nos conduce a afirmar que la primera y principal tarea de la filosofía del derecho es indagar en profundidad sobre la naturaleza del derecho<sup>16</sup>. El objetivo más propio y esencial de la filosofía jurídica es llegar a saber –de un modo riguroso pero siempre mejorable– qué es el derecho, cuál es su naturaleza, en qué consiste esencialmente: es decir, definir el derecho. La cuestión fundamental de la filosofía jurídica es, pues, la cuestión ontológica: la cuestión acerca del ser del derecho. Responder a esta pregunta es en lo que consiste la filosofía del derecho, tomada ésta en su más genuina acepción. Cuál sea esta respuesta será lo que determine qué cuestiones ulteriores tenga sentido y haga falta plantear, y por dónde se encaminen sus respectivas respuestas. Entre estas cuestiones, no podrán faltar la cuestión acerca de las causas del derecho (la cuestión etiológica) y la cuestión acerca del conocimiento del derecho (la cuestión epistemológica).

Sin embargo, algunos autores piensan que la cuestión ontológica es secundaria o incluso prescindible, pues consideran que el intento de definir el derecho, de decir qué es esencialmente, es un empeño imposible, o inútil. Así, por ejemplo, para Nino, la controversia sobre el concepto de derecho es un pseudoproblema filosófico, pues lo que la filosofía jurídica necesita como punto de apoyo, no es una definición esencial del derecho, una especie de concepto *a priori*, sino una visión de la experiencia jurídica en toda su amplitud<sup>17</sup>. Por su parte, Kaufmann y Atienza sostienen que el objetivo de la filosofía jurídica no ha de ser –al menos primera y fundamentalmente– definir de manera fija y comprehensiva el derecho, sino arrojar luz sobre la noción de éste mediante el análisis de algunos aspectos concretos del derecho, o de su relación con otras realidades sociales: norma, moral, poder, etc.<sup>18</sup>. Y, con un planteamiento similar, Robles aboga por abandonar las

16. Robert Alexy, *op. cit.*, p. 44; Joseph Raz, *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 38 y 63.

17. Carlos Santiago Nino, “El enfoque esencialista del concepto de derecho”, en Idem, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985.

18. Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, Madrid, 1992, p. 31; Manuel Atienza, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2003, p. 57.

pretensiones ontologistas del iusnaturalismo y del positivismo, y reconocer que el derecho no es una “cosa” definible, no es algo dado de antemano y susceptible de descripción, como han supuesto estas dos tradiciones, sino un conjunto de “discursos”, de “procesos de comunicación”, que se caracterizan por utilizar un determinado lenguaje: el “lenguaje de los juristas”. El análisis de este lenguaje ha de ser el objetivo de la teoría o filosofía del derecho<sup>19</sup>. Según este autor, “la pregunta por el concepto de derecho es bastante secundaria respecto del análisis de los lenguajes de los juristas”, y por esto hay que descargarse del afán por definir el derecho de una vez por todas, y centrarse en otras cuestiones teóricas más directamente vinculadas a las necesidades reales de los juristas<sup>20</sup>.

Pero estos planteamientos chocan con el problema mencionado más arriba: toda delimitación de la experiencia jurídica supone un concepto de derecho, y lo mismo ocurre con el análisis de cualquier cuestión jurídica particular —como el significado del positivismo jurídico, que Kaufmann menciona como ejemplo—, y con el examen de las relaciones y contrastes que quepan sobre el derecho y otras categorías sociales. Ese concepto de derecho puede ser implícito e informal, o explícito y reflexivo, pero, en cualquier caso, no puede dejar de estar presente, y la diferencia entre que sea un concepto de un tipo o del otro la marca la filosofía del derecho. Cuando la cuestión sobre el ser del derecho no se aborda formal y directamente, no se tiene control del concepto de derecho que se está asumiendo tácitamente, y se corre el riesgo de que ese concepto esté cambiando según cuál sea la cuestión particular que se esté tratando.

Es claro que centrar la reflexión jurídica en el análisis del lenguaje de los juristas, exige identificar a éstos para poder delimitar el lenguaje que ha de ser objeto de ese análisis. Efectivamente, Robles se plantea la pregunta: “¿quiénes son los juristas?”, a la que responde con la enumeración de una serie de profesionales del derecho —juez, abogado, notario, registrador,...— que queda finalmente recapitulada en “los protagonistas del mundo jurídico”<sup>21</sup>. Pero esta respuesta suscita, a su vez, la necesidad de preguntarse cuál es el mundo jurídico, y la respuesta no puede ser ya algo así como “el protagonizado por los juristas”. Hablar de los juristas, del mundo jurídico,

19. Gregorio Robles, *op. cit.*, pp. 18-20 y 200.

20. *Ibid.*, p. 198.

21. *Ibid.*, p. 20.

o del lenguaje jurídico, supone estar contando con un concepto de derecho que nunca llega a hacerse explícito. En el fondo, caben dos posibilidades: desde el concepto de derecho, pasar a caracterizar al mundo jurídico, y a los juristas dentro de éste, para acabar identificando un lenguaje como el lenguaje usado por los juristas; o, a partir del concepto de derecho, caracterizar el lenguaje jurídico, el lenguaje que versa sobre el derecho, y finalmente delimitar el mundo jurídico como el mundo que usa ese lenguaje, e identificar a los jurista por su especial competencia y rigor en el uso de dicho lenguaje. En ambos casos, el concepto de derecho es lo primero que hay que formular y la condición de posibilidad de todo lo demás. En qué consista el derecho es lo decisivo y fundamental, tanto si lo tomamos como el objeto de la actividad del jurista, cuanto si lo tomamos como el contenido del lenguaje jurídico. El mismo Robles da con la clave del asunto cuando afirma que es preciso preguntarse “por lo que se comunica mediante el lenguaje jurídico”<sup>22</sup>. En definitiva, la pregunta por el ser del derecho no es eludible ni postergable.

En polémica con Dworkin, Raz defiende que tiene sentido la idea de que el derecho posee una naturaleza permanente, es decir, que es posible una explicación semántica del término “derecho”, a pesar de las diferencias que se puedan dar históricamente en cuanto al modo de concebirlo y practicarlo, e incluso a pesar de que pueda haber sociedades que carezcan del concepto de derecho. Por esto, la filosofía jurídica tiene como tarea primaria “la explicación de la naturaleza del derecho”<sup>23</sup>. Una filosofía jurídica válida –añade Raz– será aquella que nos proporcione una definición del derecho que sea aplicable también al derecho existente en sociedades que carezcan del concepto de derecho. Es cierto que esta filosofía jurídica no captará la autocomprensión de esas sociedades, el modo como cada una de ellas entiende sus propias prácticas e instituciones, pero el derecho que esa filosofía nos permita advertir en esas sociedades será una realidad y no una mera proyección transcultural. Dicho de otro modo, esa filosofía nos permitirá afirmar que tales sociedades no son conscientes del derecho existente en ellas. Los conceptos pueden aplicarse a fenómenos presentes en culturas que no tienen esos conceptos, ya se trate de culturas que carecen de un determinado concepto en absoluto, o de culturas que carecen de una

22. Ibid., p. 211.

23. Joseph Raz, *Entre la autoridad y la interpretación*, op. cit., pp. 38-54, 61-63.

versión válida de un determinado concepto. Ciertamente, una sociedad que no disponga del concepto de derecho no podrá desarrollar una filosofía del derecho, pero esto no impide que exista en ella el mismo fenómeno que en nuestra sociedad corresponde al concepto de derecho, en la medida en que este concepto sea acertado<sup>24</sup>.

Como investigación que versa primordialmente sobre la naturaleza del derecho, la filosofía jurídica no puede ser identificada con el derecho natural, es decir, con la disciplina llamada “derecho natural”. Esta identificación, que sigue siendo bastante común en nuestros días, se inicia en el siglo XIX, cuando el positivismo, progresivamente dominante, sitúa lo entendido entonces por derecho natural, es decir, el derecho natural racionalista, en la esfera de lo metaempírico y, por tanto, metajurídico, convirtiendo así la ciencia del derecho natural —que el racionalismo había creado— en especulación sobre cuestiones últimas e ideales acerca del derecho, sobre su perfección, sus fines y valores, y denominando esta especulación “filosofía del derecho” para marcar las diferencias con la ciencia del derecho positivo, que es el único conocimiento jurídico que para el positivismo ofrece garantías de racionalidad<sup>25</sup>. Como señala Ollero, Kelsen llama a su propia producción científica “teoría “y no “filosofía del derecho” porque para él esta última es especulación sobre cuestiones que, en el fondo, no son científicas o racionales<sup>26</sup>, y este prejuicio positivista sigue, en buena medida, presente en la práctica de sustituir “filosofía del derecho” por “teoría del derecho”.

Para el racionalismo, el derecho natural era un sistema jurídico paradigmático y universal, construido por la pura razón, e independiente de la realidad concreta e histórica. El positivismo, al reivindicar para el derecho la condición de realidad fáctica, de fenómeno empírico, observable y describible, no podía conceder a ese derecho natural otro lugar que el de una reflexión sobre lo ideal en el derecho, sobre el deber ser de lo jurídico o el derecho ideal. Las cuestiones axiológicas eran el campo propio de lo que ahora pasaba a llamarse “filosofía del derecho”.

24. Ibid., pp. 55, 73 y 109.

25. Javier Hervada, *op. cit.*, pp. 29-37; Manuel Segura Ortega, *Teoría del derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 35.

26. Andrés Ollero, *¿Tiene razón el derecho? Entre método jurídico y voluntad política*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006, pp. 81-82.

Si no había más derecho que el derecho positivo, la ciencia del derecho natural no podía ser el estudio de una clase real de derecho; pero, por otra parte, aunque se denominase “filosofía del derecho”, tampoco podía ser la indagación sobre la naturaleza o el ser del derecho, pues esto sólo podía ser competencia de una disciplina circunscrita al derecho positivo, es decir, al único derecho realmente existente. Esta disciplina es la teoría general del derecho. Pero se trata de una disciplina que, por su inspiración positivista, equivale a la parte general de las partes generales de las diversas ramas o materias dogmáticas del derecho<sup>27</sup>. Se limita a considerar el derecho positivo, intentando elucidar sus características más generales, sus elementos y estructuras más básicas, pero sin trascender el nivel descriptivo, el análisis de lo empírico, del derecho como dato<sup>28</sup>.

Pero buscar lo común y genérico entre las particulares manifestaciones del derecho positivo, no equivale a inteligir la esencia del derecho. El planteamiento verdaderamente filosófico, el tratamiento de la cuestión sobre el ser del derecho, desaparece como objetivo formal y expreso, en una reflexión jurídica dividida en ciencia positiva, por un lado, y especulación axiológica, por otro: en derecho como hecho y en derecho como valor; en facticidad e idealidad. Pero con esta división, el saber jurídico se hace internamente problemático, al incluir dos enfoques u orientaciones sin conexión racional entre sí. Lo que pueda decirse de lo axiológico, del deber ser del derecho, queda en verdad sin fundamento, ya que no es posible proporcionar este fundamento desde lo que pueda decirse del derecho en su facticidad. Cuanto más perfecto y suficiente sea el conocimiento descriptivo del derecho, como conocimiento del derecho, menos puede servir este conocimiento para asignar al derecho un valor o deber ser. Si todo derecho es derecho positivo, el conocimiento positivo del derecho es el conocimiento perfectamente adecuado y acabado del derecho, y todo derecho suficientemente puesto y, por tanto, cognoscible de este modo, será perfecto derecho. En consecuencia, no hay nada más que decir, que esperar, de lo conocido así como derecho, no hay ninguna razón para atribuirle un deber ser o ideal, porque un deber ser que no es requisito de lo que se es, que no está impli-

27. Gregorio Robles Morchón, “Introducción” en Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer, *op. cit.*, p. 23.

28. Miguel Reale, *Introducción al derecho*, Pirámide, Madrid, 1976, p. 243; José María Rodríguez Paniagua, *op. cit.*, p. 306.

cito en nuestro conocimiento de lo que algo es —un deber ser del derecho que no es requisito para que el derecho sea perfectamente derecho y, por tanto, cognoscible como tal—, es un deber ser completamente gratuito. Para que sea posible un vínculo racional entre una consideración axiológica del derecho y el estudio del derecho en su realidad empírica, hace falta que este estudio no se afirme como conocimiento único y acabado del derecho, sino que constituya la antesala de un conocimiento genuinamente filosófico, cuyo objeto es aquello en que consiste esencialmente el derecho, y no sólo aquello en que consiste su darse empírico. Ese estudio sirve de vía para este conocimiento filosófico y, al mismo tiempo, necesita de él para su completo esclarecimiento.

En el fondo, toda asimilación entre filosofía del derecho y derecho natural, tiene como supuesto un déficit filosófico-jurídico consistente en confundir la cuestión ontológica con la cuestión etiológica. Tanto si se afirma que el derecho natural es el derecho por antonomasia, el derecho propiamente dicho, y que, por lo tanto, hablar del derecho equivale a hablar del derecho natural; como si se sostiene que no hay más derecho que el que es objeto de la ciencia positiva, y que, por lo tanto, la filosofía del derecho sólo puede versar sobre cuestiones de valor, más o menos sobreañadidas, lo que se está haciendo es reducir la cuestión relativa al ser del derecho a la cuestión relativa a las causas posibles del derecho, dando la primera por respondida mediante una toma de postura respecto de la segunda. Pero, en buena lógica, sólo es posible saber cuáles pueden ser las causas o fuentes del derecho —si entre estas se encuentra algún tipo de naturaleza, o todas ellas proceden de la voluntad humana—, una vez que se sepa qué es el derecho. La respuesta a la cuestión ontológica precede y es condición de lo que se pueda sostener respecto a las posibles causas del derecho: de que sea posible hablar, en sentido estricto, de derecho natural y derecho positivo, o de que llamar “positivo” al derecho sea sólo un pleonismo. Por lo tanto, ni el iusnaturalismo ni el iuspositivismo son, de suyo, una filosofía del derecho, sino que necesitan contar con esta disciplina; de manera que, cuando ésta no precede formal y explícitamente a esas posturas, se encuentra supuesta de modo implícito y acrítico en ellas. Efectivamente, tanto el iusnaturalismo moderno, como el positivismo jurídico en general, suponen una filosofía jurídica que, paradójicamente, es la misma en ambos casos: la filosofía jurídica según la cual el derecho es norma.