

XACOBE BASTIDA, *El derecho como creencia. Una concepción de la filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2000.

Ascensión Cambrón Infante

Nos hallamos ante un libro de contenido complejo y ambicioso. Lo primero, valga la metáfora, debido a la multitud de palos que toca y, lo segundo, porque pretende dar solución al problema que se visualiza cuando se contempla la diversidad de enfoques que adopta la reflexión iusfilosófica, como disciplina, en los actuales planes de estudio para la obtención de la licenciatura en Derecho. Si además se tienen en cuenta las dificultades que el lector encuentra para hacerse con los títulos de la editorial colombiana en el mercado español y la escasa difusión de los mismos, para una ajustada evaluación del contenido del libro, se hace necesario empezar describiendo lo fundamental de su contenido –lo cual no exime de su lectura-, para después manifestar algunas perplejidades que provoca en el lector/ra y, finalmente, formularle a su autor algunas preguntas al respecto.

El contenido del libro, como indica su título, tiene el objetivo fundamental de construir una ontología del derecho alternativa a las subyacentes en las reflexiones iusfilosóficas dominantes en las facultades de derecho. Este objetivo se encabalga necesariamente con el interés que mueve al autor a delimitar una filosofía del derecho que supere “una mezcolanza enciclopédica difícilmente delimitable” (p. 16) que domina el panorama presente. El libro está dividido en tres capítulos en los que su autor se ocupa de “Los males de la filosofía del derecho o las formas que un filósofo del derecho puede elegir para no serlo”, “Aproximación al concepto de derecho” y “Los asuntos de la filosofía del derecho”. En lo que sigue pasamos a describir lo más significativo del contenido a fin de hacer comprensible la propuesta del profesor X. Bastida<sup>1</sup>.

*Los males de la filosofía del derecho o las formas que un filósofo del derecho puede elegir para no serlo*

En el capítulo primero el autor describe el panorama que él observa ante el conjunto de reflexiones iusfilosóficas y que se le manifiestan como incapaces de aportar “resultados mínimamente satisfactorios (...), [salvo que] nos contentemos con la mixtificación propia de una disciplina construida con materiales residuales” (p.16). Añade

---

1 Dado el número de citas del texto en la descripción del contenido se omiten la generalidad de ellas para hacer ágil la lectura; por esta razón sólo se referenciarán aquellas que a tenor de la explicación que aquí se da sean relevantes para colegir el alcance del sentido que el propio autor le atribuye a su propuesta. Se citará el autor, año de la publicación y página que aparecen en la bibliografía del libro comentado.

que si se echa una mirada a los temas en que se centra la reflexión iusfilosófica en el contexto español ésta se centra en dos grandes apartados: una «Teoría del Derecho» [que] comprende sin orden ni método, materias tan diversas como la introducción al derecho, la teoría de la ciencia jurídica, la teoría fundamental del derecho o la axiología jurídica” (p.17) y, por otro, la filosofía del derecho, que adolece de imprecisión y “memorable vaguedad al incluir en su seno materias tales como el «fenómeno jurídico» o los «problemas básicos del derecho» (p. 17-18)<sup>2</sup>. El origen de estas deficiencias lo sitúa, por un lado, en la carencia de un concepto de derecho; es decir, en “la dejación absoluta en el mantenimiento de un concepto de derecho sobre el cual volcar el análisis filosófico” y, por otro lado, a causa de “la defensa de un concepto ecléctico de derecho” (p.18). Son carencias que afectan a la filosofía jurídica porque al igual que en otras disciplinas “la previa determinación del objeto sobre el que se ha de volcar el análisis, ya sea científico, ya sea filosófico, parece ser de secuencia lógica” (pp.18-19). Y como resulta que la filosofía del derecho se ha visto eximida de esas tareas, en el presente: “No existe reparo alguno en acometer una taxonomía sobre un concepto que permanece indeterminado” (p. 19).

Antes de ocuparse de las distintas reflexiones iusfilosóficas existentes el autor se interroga acerca de qué es la filosofía del derecho y en coincidencia con R. Treves<sup>3</sup> (1962:154) responde que “no es una filosofía particular, ni una rama especial de la filosofía -...-, sino la filosofía misma dirigida al estudio de un objeto particular –el derecho-.” (pp. 19-20). La filosofía jurídica necesita precisar un concepto de derecho sobre el que volcar el análisis filosófico pues “la ontología no sólo es un tema del que se ocupa la filosofía del derecho sino que se convierte en el presupuesto de la misma” (p.21).

La definición del concepto de derecho es pues condición necesaria y suficiente para hacer filosofía del derecho y aunque a esta exigencia se le puede añadir la “crítica”, este criterio como “separación y sistematización de las partes que componen un todo” (p. 21), constituyen un aspecto que es cuestión menor o irrelevante. El profesor Bastida encuentra un punto de apoyo para justificar la función primordial que desempeña la ontología al otear el campo específico de materias tales como la *teoría general del derecho*, la *sociología jurídica* y la *axiología*, puesto que, como se ha dicho, “la ontología jurídica es presupuesto inexcusable y problema grave del que no cabe sobreseimiento” (p.22).

No obstante, sostiene el autor, que la mayoría de los filósofos del derecho, profesores, que imparten la asignatura, reducen hipostáticamente la ontología a lo que “serían tan sólo sus secreciones”(p. 22); esta es la razón de que la filosofía del derecho permanezca yaciendo “en su lecho de muerte” (p.23). Para ilustrar tan letal situación, el autor del libro, realiza un recorrido por las reflexiones iusfilosóficas más extendidas, con el fin de ejemplificar los incorrectos modos de hacer que reducen “hipostáticamente la ontología a uno de sus extremos: a teoría del derecho, sociología jurídica o axiología jurídica” (p.22). Con esta perspectiva y objetivos el autor repasa tres modelos de hacer iusfilosofía: a) *La sobrevaloración de los valores*; b) *Los excesos del lenguaje* y c) *El entropismo de los hechos* y, por último, repara en lo que él llama “*trialismo panóptico*”, al que considera también errado, aunque menos que las anteriores opciones consideradas.

“*La sobrevaloración de los valores*”. Esta es la primera hipótesis comentada y la dice coincidente con el iusnaturalismo de corte aristotélico-tomista; consiste en “la

---

2 Para X. Bastida esta crítica ya ha sido realizada por R. Hernández Marín (1993:175 y ss.) y a ella se remite.

3 Esta definición es completada con otras citas procedentes de L. Recaséns, A. Kaufmann y J. A. García Amado (pp.20-21).

4 El subrayado es nuestro.

reconducción de la filosofía del derecho al estudio de los valores” (p. 25); y la realiza: “A través de un sistema derivativo y absolutamente jerarquizado” (p.26), que va desde la *lex aeterna* hasta la ley humana, de tal forma que materialmente esta última ha de estar contenida en la ley natural y en la divina. Por ello como las explicitaciones que se deducen de la ley natural son siempre formales e implican una sustanciación valorativa “el derecho natural se convierte en un canon axiológico que el derecho positivo deberá acoger para ser considerado parte del orden jurídico” (p. 26). En este sentido, el derecho natural, “no sólo constituye un derecho al lado de otros derechos sino que representa un sistema de normas válidas en sí mismas que operan como medida de validez (...). La reflexión sobre la validez del derecho (...), se transforma entonces en especulación sobre los valores encarnados en la ley natural y la adecuación del derecho positivo a esos valores. El orden metafísico del que parte el iusnaturalismo (...) [es] un *ordo rerum* valorativo de raíz teológica” (pp. 26-7). A tenor de esta construcción doctrinal la filosofía del derecho reduce “su quehacer ontológico sobre el derecho al elucubrar axiológico” (p. 27). El autor ubica, también, en línea con este reduccionismo iusnaturalista otro de origen “paganos” (como es el de R. Dworkin) que se realiza “por corrientes del pensamiento que nada tienen que ver con la genuina vocación trascendente (...), [sino que en esta] la identificación de la ontología con el mundo de los valores no viene dada ya por una conexión teleológica de carácter divino, sino (...) por la mediación laica de la justicia democrática” (p. 28). “[L]a iusfilosofía de rango ético se ocupa de la conducta debida del hombre mediante la ficción –lo que equivale a decir: mediante la despreocupación más absoluta de la realidad-. Este alejamiento (...) [se produce] al entender el derecho como una realidad anterior y distinta al derecho positivo vigente y a las prácticas de los operadores jurídicos” (p.29). Este juicio lo ilustra con la siguiente cita: “cuanto mayor componente idealista contenga el concepto de derecho que el iusfilósofo maneje, tanto más perderá de vista en su análisis los detalles de las normas concretas o los ordenamientos positivos vigentes. [García Amado, 1990:263]. Añadiendo que el pensamiento que discurre por este cauce de especulación axiológica, aunque pueda adoptar la apariencia «crítica» es convergente “con el sistema de valores establecido que cercena la posibilidad de análisis filosófico sobre el material jurídico” (pp. 30-1).

“*Los excesos del lenguaje*”. La segunda hipótesis descrita es la de quienes realizan “la reconducción de la ontología jurídica a una teoría general del derecho” (p. 31). El reduccionismo de esta corriente iusfilosófica consiste en que “ve en la teoría general del derecho o en la teoría del derecho un sustitutivo de la ontología”. Para ambas “el derecho está formado exclusivamente por normas positivas” (...), [y además, tienen] “como grado supremo del conocimiento aquel que deriva del análisis científico (...), el positivismo busca una base general y abstracta sobre la cual construir su análisis” (p. 36). El positivismo, descartando los valores, busca un dato férreo al que asirse y éste lo sitúa en “la norma expresada a través del lenguaje” (p. 36). Y siendo este la “base del conocimiento de la teoría general del derecho, entonces, no es lenguaje natural, sino el lenguaje formalizado” (p. 37). En este caso la hipótesis “comienza por localizar una ontología normativa, en este caso en el lenguaje jurídico con el que las normas se expresan, para luego declinar su desarrollo. Decir que el derecho es lenguaje (...) no basta para acometer la tarea ontológica. Si el derecho es lenguaje habrá que delimitar la especificidad respecto de otros (...). Y aquí es donde los filósofos analíticos practican el sobreseimiento. Escudándose en la positividad (...), dan por buena la delimitación que la eficacia realiza por ellos” (pp. 37-38).

Añade que asistimos a una inflación de pensadores analíticos, los cuales sólo ven en el derecho “un conjunto de enunciados -...- que deben ajustarse a ciertas reglas lógicas, y reducen el papel de la filosofía al análisis de esos enunciados” (p. 38). Por todo ello, el autor se sorprende al comprobar que “la reducción realizada por la filosofía analítica coincide en la asignación que el iusnaturalismo daba a la filosofía del derecho.

También aquí la filosofía del derecho tiene su campo de actuación en el mundo de los valores. [Con la diferencia de que] para el iusnaturalismo ese arsenal axiológico es, al mismo tiempo, el núcleo ontológico del derecho -...-; mientras que para el positivismo, (...), la axiología se desplaza del núcleo ontológico y se integra en una disciplina considerada marginal -la filosofía del derecho” (pp. 42-3). Este proceder justifica la degradación que el término «filosofía» ha experimentado a raíz de la consolidación del positivismo y ha conducido a la misma conclusión que el iusnaturalismo. “La aplicación del patrón cognoscitivo propio del positivismo científico al positivismo jurídico -...- propicia, en primer lugar, que las cuestiones valorativas se incluyan en una disciplina de carácter no científico; en segundo lugar, que dicha disciplina caiga en el mayor de los descréditos” (p. 44). Y este “es el triste destino al que se ve abocada la filosofía del derecho en la inteligencia jurídica del positivismo. Cuando no directamente preterida -...- sí se ve marginada al papel de conservadora de un material ajeno a la esencia de lo jurídico (...). El positivismo de Kelsen, (...), separa categóricamente la filosofía del derecho de la teoría general del derecho. La primera se ocuparía de establecer las reglas que debería adoptar el derecho para ser considerado justo -...-, mientras que la segunda se ocuparía del estudio del derecho tal como es: en el análisis de la estructura de las nociones fundamentales del derecho positivo y en la definición misma del derecho” (p. 45). Para esta corriente la filosofía no se elimina, aunque sí se ningunea y por ello X. Bastida sostiene que esta es la perspectiva “tan actual e influyente” de R. Alexy y R. Dreier; para ellos “el problema de la filosofía del derecho se centra en la justicia, mientras que el objeto de la teoría general del derecho radica en la noción de derecho, en su ontología” (pp. 46-7). De este modo la teoría general del derecho sustituye a la filosofía del derecho que pasa a ser considerada como innecesaria o a estar insuficientemente justificada.

“*El entropismo de los hechos*”. La tercera hipóstasis considerada por el profesor Bastida constituye una amenaza porque “reduce la ontología a pura facticidad sociológica. El sociologismo jurídico disuelve el concepto de norma al considerar que la única realidad del derecho está compuesta por el comportamiento de los operadores jurídicos en el proceso de formación de decisiones y por las actitudes de los miembros de la sociedad que adecuan sus reacciones ante determinados hechos a la previsión de la actuación judicial. La sociedad en funcionamiento -...- colma la realidad jurídica. Las normas no son jurídicas por sí mismas. Sólo si los jueces las tienen en cuenta a la hora de resolver un conflicto real” (p.47).

“El paradigma utilizado invierte por completo el que caracterizaba a la formulación analítica del positivismo” (p. 48). Aquí el autor tiende a justificar el paso del modelo *formalista* del estado liberal mediante la explicación genética del movimiento del “derecho libre”, a finales del s. XIX, que hace aparecer el “giro sociologista” y que tiende a reducir el derecho a conducta. Dos son las corrientes que con más vigor han impulsado la reducción de la ontología jurídica al factualismo: el movimiento del derecho libre [Ehrlich, Kantorowicz y Fuchs] y el realismo norteamericano [Holmes y Frank] (p. 52).

“En conclusión, el sociologismo jurídico (...) ve el núcleo del derecho en el comportamiento real de la sociedad” (p. 61). Por lo cual, para las corrientes sociologistas, “el derecho se reduce a un fenómeno social empírico. De nuevo nos topamos con el mismo problema de la reducción *sui generis*. Que el ser del derecho se reduzca a la conducta de los hombres (...), es una opción más que respetable siempre y cuando se explique qué tipos de hechos se consideran jurídicamente relevantes y, en consecuencia, qué características han de poseer para adquirir naturaleza jurídica. También aquí existe una total indefinición del núcleo de la reducción. Si, (...), se dice que son la realidad o la conducta los puntos determinantes de la concreción ontológica y -...- [si] realidad y conducta no son más que la sucesión de hechos observables, entonces la reducción se convierte en todo lo contrario: en una ampliación desmesurada del objeto que nada puede aclarar” (p. 62). Por todo ello, a falta de mayor concreción ontológica, “con esta

reducción se corre el peligro del eclecticismo y del enciclopedismo [N. Bobbio, 1962:11]”, (p. 62). La falta de especificidad en la tipología de lo fáctico y, sobre todo, la sorprendente variedad metodológica que se sigue para apreciar los datos del derecho y detectar las condiciones que lo determinan, convierten al sociologismo en una corriente, las más de las veces, desquiciante y neurótica” (pp.62-3).

“La tendencia «pluralista» que ve en la filosofía del derecho una disciplina necesariamente «Interdisciplinar» [A. J. Arnaud, 1989:14], da rienda suelta a la santificación del *totum revolutum*. Por otra parte, dado que, en último término, de lo que se trata es de localizar las relaciones de poder, y para ello –si hemos de creer a Foucault-, se precisa acudir al análisis microfísico del mismo, no resulta extraño que en el fondo asistamos al desenvolvimiento del principio de indeterminación. No existe ningún tipo de certidumbre. A lo sumo hay una probabilidad de hallar certeza en la investigación. Por ello, en esta corriente es frecuente encontrar impugnaciones a la distinción misma entre lo verdadero y lo falso” (pp.65-6).

El profesor Bastida justifica su crítica a estas hipóstasis reductivas no tanto por cuestiones del método reductivo que considera correcto “para intentar una concreción ontológica” (p. 23), cuanto que en el proceder de las mismas no se “da razón de una ontología acertada, [y también porque en ellas] la perspectiva ontológica se pierde en el transcurso de la reducción”. Y “al errar el intento la teoría se descarga del deber de tratar de la consistencia” (p. 24). Para el autor el problema no consiste en «reducir» sino “en el papel bastardo que se asigna a la reducción” (p.25). Así pues, y a modo de conclusión, se puede añadir que la crítica a las anteriores corrientes doctrinales no niegan que en ellas subyazcan determinadas concepciones ontológicas –cosa difícil de negar-, sino al papel impropio que le asignan y que tiene consecuencias en las respectivas concepciones o modos de hacer filosofía del derecho.

La segunda causa que impide la concreción clara de la temática propia de la filosofía del derecho “es la cada vez más extendida concepción tridimensional del derecho. Si las reducciones ontológicas representaban un problema por lo que tenían de supresión del núcleo ontológico de la filosofía del derecho, por razones a la vez similares y contrarias, el trialismo incurre en no menos entuertos (...). El concepto tridimensional (...) elimina también el nervio ontológico -...- pero operando de manera inversa; esto es, ampliando universalmente la consistencia del concepto de derecho- y de ahí el antagonismo-“ (pp. 66-67).

Esta teoría, formulada por E. Lask [1946]<sup>5</sup>, es “la expresión más acabada y más difundida del eclecticismo ontológico” (p. 67) y sus seguidores postulan que “el fenómeno jurídico debe ser estudiado desde una perspectiva tripartita. (...), como realidad objetivo-normativa como ciencia jurídica establecida mediante el método dogmático; (...), como un hecho social, objeto de la sociología jurídica y cognoscible por mediación del método socio-teorético; y (...), como un valor, objeto de la filosofía en aplicación del método crítico o axiológico [Lask, 1946: 60]” (pp. 67-8).

Añade que con esta concepción, y mediante la dialéctica de la implicación-polaridad, se concibe el derecho, al mismo tiempo, “como físico y metafísico, como empírico y *a priori*, como real e ideal, como algo que existe y como algo que vale (Ross, 1961:15)” (p.70). Añade el autor que este modo de ver el fenómeno jurídico “desde un punto de vista prácticamente cósmico será difícil no estar en lo cierto” (p. 71). Aunque si se les pregunta a sus defensores ¿qué no es derecho? sus respuestas son siempre “permanentes aplazamientos de la opinión y prórrogas del raciocinio” (p. 72).

5 En la misma línea se ubican autores como G. Radbruch (1952), Kantorowicz y M. Reale (1968).

De la misma amplitud de la definición se sigue que no existe corriente alguna que no encuentre acomodo en el lecho de la teoría tridimensional aunque, añade el autor, que este consenso “no es muestra de su fuerza explicativa, sino de su debilidad constitutiva (...); [es como] *triacra máxima*” (p.73); remedio último contra “la desesperación de no saber en qué consiste el derecho, y por ello mezcla en un mismo tarro todos los criterios de lo jurídico (...) con la esperanza de que su acción conjunta pueda servir de alivio a una filosofía del derecho valetudinaria por causa de la duda” (p. 73).

“El desaliento intelectual que subyace a esta concepción se explica, en buena medida, por el escepticismo teórico que ha venido caracterizando el devenir de nuestra disciplina en los últimos años (...). Ante la amenaza del yerro se impone la amenaza de la indefinición (...). Habida cuenta de que existen tantas definiciones de filosofía del derecho como filósofos del derecho (...), el intento de definición de la filosofía del derecho se considera, directamente, «una inútil pérdida de tiempo» (Bobbio, 1962:1) sólo apta para la vana especulación metateórica. El hecho de que (...) la definición de la filosofía del derecho adopte con demasiada frecuencia un carácter abierto y convencional y, por tanto, se observe una extraordinaria multiplicidad de definiciones, no significa que pueda admitirse «una pluralidad de soluciones, ninguna de las cuales puede ser considerada más exacta que la otra» [E. de Robilant, 1968:14] y que en consecuencia deba renunciarse al mantenimiento de un concepto verdadero en pugna con otros conceptos rivales que, por el hecho de serlo, habrán de ser considerados incorrectos o ideológicos” (pp. 74-5).

Para el autor del libro el «trialismo» no presenta suficiente consistencia, pero reúne dos méritos: “En primer lugar, ha puesto de manifiesto tres núcleos de problemas que la filosofía del derecho debe acometer (...). En segundo lugar, (...) ha creado un ámbito común de reflexión en torno a la filosofía del derecho” (p. 76). Para el autor a partir de la gran influencia en nuestra cultura de N. Bobbio, “parece que la disparidad temática se ha conducido entre nosotros a una concepción tripartita”: a Teoría general del Derecho, Teoría de la Justicia y, por último, a Teoría de la ciencia jurídica. Sin embargo, añade, “dado que en realidad el trialismo no constituye propiamente una teoría ontológica -...- se precisa sistematizar y jerarquizar el material que nos brinda de un modo un tanto aturullado” (p. 77). Por ello, “sólo cuando concretemos un determinado concepto de derecho (...), los temas de la filosofía del derecho se articularán conforme al núcleo óntico que se haya precisado. [aunque] Los aspectos normativo, social y valorativo del derecho no tienen ni la misma trascendencia ni el mismo rango” (p. 78).

Sobre las anteriores críticas se entra en el capítulo siguiente a la fundamentación de una ontología alternativa a las existentes, para asentar después lo que debe ser la Filosofía del Derecho.

#### *Aproximación al concepto de derecho*

El autor empieza precisando que “Los sistemas normativos son sistemas jurídicos existentes en virtud de su impacto en el comportamiento de los individuos”. Y, consecuentemente con lo anterior, añade que, no se puede obviar “si se encuentran efectivamente en vigor, si realmente existen” (p. 79). Es imprescindible, “en todo sistema jurídico buscar aquellos rasgos que le permiten realizar un papel característico en la sociedad. Estos son los rasgos que distinguen a los sistemas jurídicos de otros sistemas normativos. Este es el presupuesto de la primacía de lo social” (p. 79), que tanto J. Raz, Hart y García Amado han destacado.

En las civilizaciones que nos han precedido se comprueba que sólo “una acción dirigida, concertada, podía haber elevado a un pobre mono desnudo sólo digno de compasión y en lucha por la supervivencia a la categoría de dominador del planeta” (p. 80). La organización ha posibilitado la consecución de “fines externos”, y le ha dado “esta-

bilidad y armonía al grupo”. Esta organización ha definido “claramente el estado de cada miembro” y no es por ello algo específico del hombre, sino característica de toda especie gregaria que “mantiene algún tipo de organización en la que se especifica la jerarquía del grupo y se estratifican las relaciones” (p. 80). Para ahondar en esta dimensión antropológico-social pone el ejemplo de una manada de lobos: “Cuando (...) se hace con una presa, es el lobo dominante el primero en disfrutar de sus privilegios. A continuación lo hace el siguiente lobo en el grado jerárquico y así hasta llegar al último de la escala” (pp. 80-1). Para el autor lo mismo ocurre en los grupos humanos: “La diferencia entre las sociedades humanas y el resto de las animales estriba en que entre los hombres los estereotipos en los que se programa la necesaria aceptación de una autoridad considerada indiscutible son, en primer lugar, muchos más, en segundo lugar, mucho más intensos y, por último, mucho más intrincados; esto es, el desafío a la jerarquía puede producirse con mayor frecuencia -...-, las reacciones del grupo ante la desobediencia son más violentas y los patrones establecidos para la creación de pautas obligatorias de comportamiento son de mayor complejidad –la relativa autosuficiencia del individuo lo libera de una total dependencia del sistema social-.” (p. 81).

La capacidad de obediencia en el hombre es un “prerrequisito de organización social”, y sostiene X. Bastida que “se genera en el organismo a través de una operación proseguida de procesos evolutivos [S. Milgran, 1980: 120]” (p. 82). Pero, a la vez precisa que esto no quiere decir que el ser humano obediente sea un “ser sumiso”, sino “capaces de asimilar la estructuración de comportamientos basados en la dinámica de mando y obediencia.(...). Los seres humanos nacen con un potencial de obediencia que tiene una interacción con la influencia de la sociedad para producir el hombre obediente” (p.83).

La obediencia parte de estructuras internas que adquieren vigor con el influjo social que actúa tras el nacimiento. Pues sucede con esta facultad lo que con la capacidad de lenguaje: “[E]l cerebro humano está preparado para asimilar prontamente el mecanismo de la obediencia. Desde el punto de vista de la supervivencia evolutiva parece claro que el hombre es un organismo que funciona de manera jerárquica.

El derecho es un catalizador de la obediencia (...). [Y] sirve de mecanismo ritual para encauzar la necesaria aceptación de una autoridad. El derecho es un hecho multifacético basado (...) en el hecho de la obediencia a un patrón de conducta (...), y (...), en el hecho de la asunción del mando (...). De ahí que el sistema jurídico funcione como un gigantesco organismo orientado funcionalmente a construir el amor al poder. El estudio del derecho nos obliga a reconstruir la lógica de la sumisión y los procedimientos de «hacer creer» de los que viven las instituciones” (pp. 84-5).

La “conformidad” de la que habla Tocqueville, “como mecanismo regulador ideal en las relaciones democráticas -...-, no es un elemento sustancial del derecho” (p. 86); pues según X. Bastida puede existir derecho sin conformidad. “Pensar que se precisa un mínimo de aceptación entre los destinatarios de las normas para que exista un orden jurídico (...), es una suposición falsa. El derecho se encuentra en situaciones en las que la sociedad no participa de modo alguno en el poder y en las que la «crítica reflexiva» [de Hart] hacia el patrón de conducta que exige la regla -...- tampoco tiene lugar. No es, por contra, indiferente, al concepto de obediencia” (pp. 85-6).

Se puede argüir, añade, “que la obediencia, (...), a diferencia de la conformidad, brota de las desigualdades humanas. Pues bien, nada hay más desigual que la relación jurídica, en la que alguien por su propia función manda y otros, también por definición, obedecen” (p. 86).

“La práctica en la que consiste el derecho viene dada por una formulación autoritaria -...- elaborada y defendida por quien tiene potestad para ello (...), [el legislativo y judicial] y, a la par, por la correlativa obediencia de los destinatarios de este mandato

-tanto jueces como ciudadanos-. Los contenidos que preceptúan las normas, a su vez, confieren situaciones ideales de poder en las que una de las partes se sobrepone a la otra. El derecho es siempre formulación autoritaria” (p. 86-7). “Estructuralmente el derecho es desigual. Es más, las funciones más relevantes del mismo consisten en perpetuar esa desigualdad estructural de la que parte. Tanto la función de «orientación social», como la de «resolución de conflictos» o, (...) la de «legitimación del poder», siguiendo el análisis de V. Ferrari [1989:111], inciden en este punto. Todas ellas preparan al individuo para la obediencia. Incluso (...) la «seguridad jurídica» no es más que la predecibilidad de contar con la obediencia de otro, sea un juez respecto del sistema, sea un ciudadano respecto de la norma (pp. 87-88).

“El comportamiento obediente que precisa el ordenamiento jurídico nace en el contexto de una estructura social jerárquica y tiene como resultado la diferenciación del comportamiento entre superior y subordinado” (p.88). Pero “el hombre tiene la capacidad de sumergirse tanto en sistemas sociales jerarquizados como de separarse de los mismos. (...). La jerarquía que establece el derecho, apoyado por la inmediatez del aparato coactivo, suscita -...- una docilidad incuestionable. El derecho está compuesto por normas cuyo carácter vinculante es admitido, no por la bondad de su contenido sino por provenir de la voluntad de una autoridad reconocida; de una persona a la que se debe obedecer” (pp. 89-90). El autor añade que, si se indaga acerca de quién ha dotado de autoridad a esa persona, la respuesta hay que buscarla a su vez en otra, y así hasta llegar a la idea de autoridad suprema. “El consenso ideológico moral tantas veces aducido como fundamento de la obligatoriedad no es ni la precondition ni el modo normal de la existencia social humana. Antes bien, siempre es una ilusión alimentada por las llamadas *autoridades* y los que trabajan para ellas” (p. 90).

#### *Sobre la autoridad*

“La autoridad no constituye un fenómeno puramente político. (...); la autoridad aparece no únicamente en la organización política de la sociedad sino en el conjunto de la organización. Toda asociación, (...), posee una estructura propia de autoridad. El poder extrae su fuerza de la continua asistencia del hábito y de la imaginación. Las razones de la autoridad son siempre de carácter secundario. (...). La autoridad posee una fuerza mágica; actúa -...- por medios visibles y también por un ascendente desconocido. Los hechos más incomprensibles no actúan sobre nuestra razón si se producen todos los días. La curiosidad, se despierta solamente ante lo sorprendente” (p. 91).

“De ahí proviene la escasísima reflexión acerca de la milagrosa obediencia que rige la actividad de los agregados humanos ante el derecho. La subordinación incondicionada de una mayoría a una minoría es un fenómeno singular, un hecho casi misterioso que debería hacernos reflexionar” (p.91). “El predominio de factores irracionales en el surgimiento de la autoridad –que es el contrapunto de la obediencia- es ostensible. En esencia, (...), se obedece porque obedecer es una costumbre de la especie” (p. 93).

Y “[I]a causa inmediata de la obediencia hay que buscarla en la costumbre, o, mejor dicho, en la tradición. (...). Tradición y costumbre, comparten un núcleo fáctico. Ambas nacen de la conducta de los hombres. Sin embargo, hay un importante elemento diferencial: la costumbre es conducta, mientras que la tradición es sólo trasunto, el reflejo especial de la conducta” (p. 93). Estos rasgos llevan al autor a afirmar que “el derecho, a todos los efectos, pero sobre todo en cuanto atañe a la obediencia, -...- es tradición” (p. 96). Aunque la obediencia “no es un simple actuar sin más, sino un actuar *impersonal* guiado sólo por el atavismo de dar por buenos los patrones de conducta que, habiendo cumplido determinados procedimientos, se *imponen* al individuo” (p. 97).

El autor avanza un paso más al afirmar que “son dos las notas que perfeccionan el concepto de derecho: la *impersonalidad* y la *imposición*”. Ambas nos traducen, pri-

mero, “del carácter fáctico que incorpora la realidad jurídica. El derecho es antes que nada, fuerza que se impone de hecho. En segundo lugar, la impersonalidad nos retrotrae a la vinculación entre esa fuerza victoriosa y su deslinde de otras fuerzas análogas que también imponen su poder. Sólo el derecho atesora la cualidad de producir obediencia de modo impersonal” (p.97).

En la convivencia social, “las acciones personales implican una relación con el otro en tanto persona individual”(p.97). Pero, “muchas de las acciones del hombre, por el contrario, no emanan de ese Yo (...). [Y] no le son imputables en tanto que el hombre no es sujeto creador ni responsable de las mismas. Una gran parte de nuestra vida cotidiana está compelida a desenvolverse dentro de guiones de comportamiento prefijados” (p. 98). Y aunque son “actos humanos” se asiste a una acción humana extraindividual. El hecho que emana de este tipo de acción heterónoma es lo que Durkheim (1995) y Ortega (T. V: 71 y ss) llaman «el hecho social»” (p.98).

Por esto, “[l]a lógica de lo colectivo no depende de criterios cognitivos. Las cuestiones referentes a la validez o a la legitimidad de las creencias colectivas no tienen sentido porque la creencia es una forma a priori de la sociabilidad, de la existencia política, y como tal no tiene que dar razones. A la creencia no se le aplica la contradicción, no se la refuta con razonamientos, pues, la creencia, como decía Nietzsche (...), no es la consciencia de la verdad, sino un «tener por verdadero»” (p. 100). Añade que la comparación del derecho con la religión aclara este asunto: “La representación real de conceptos en sí inexplicables, la conciencia saturada de supuestas realidades que carecen de referente empírico, la colectivización de un universo simbólico que opera de presupuesto para la acción, todas estas características que veíamos en las creencias se plasman en la visión religiosa que durante siglos realizó al occidente europeo de manera ejemplar (...). De hecho, cualquier concepción global del mundo -...-, desde el momento que ha encontrado la adhesión masiva propia de la creencia, admite como determinación mínima la ya clásica definición adelantada por Durkheim (1994) acerca de la religión” (pp. 101-2).

El profesor Bastida avanza una definición del concepto de derecho –apoyado en K. Olivecrona (1980: 125) y en la teoría de Hart sobre la primacía del punto de vista interno en el estudio del derecho– al que caracteriza como: “Un hecho psico-social codificado por normas de conducta sostenidas mediante el uso de la fuerza” (p.102). Como aclaración de este punto de llegada afirma que: “Si realmente existe una primacía del punto de vista interno sobre el externo y, en consecuencia, el derecho ha de ser definido siguiendo un patrón mentalista, entonces se está reconociendo que el derecho tiene fundamentalmente, estatuto de compulsión psicológica” (p. 103).

Con objeto de dar cuenta del rasgo de la obediencia «tradiciva» incorporado al derecho, el profesor Bastida se sirve de la distinción orteguiana entre *ideas* y *creencias*. Al respecto distingue entre “*ideas-genio*” que se corresponden con las “ideas que el hombre tiene, que inventa, que piensa, que se le ocurren” y las “*creencias*” que se le aparecen al mismo formando “parte de la realidad desde la cual pensamos, (...), como esquemas correlativos de interpretación y que actúan eficazmente en nuestras vidas” (p. 105). El autor especifica también la diferencia, frente al sentido común y a la concepción kantiana, su concepción filosófica de «ideas» y «creencias».

Para el profesor Bastida la diferencia entre ideas y creencias es cualitativa; es decir no comparten el mismo rango: “Las ideas pertenecen al mundo del conocimiento y las creencias al mundo de los hechos” (p. 108). No obstante, añade que, “ambas (...) tienen originalmente una textura común –toda creencia fue antes idea–, el desenvolvimiento dialéctico que presentan las hace inmiscibles. A pesar de que una creencia nace siempre de una idea, cuando aquella logra ser realmente tal y se desvincula de su origen, su realidad es tan opuesta a la matriz primigenia que no permite hablar de modali-

dad ni derivación” (p.108). “Uno vive en una creencia, (...). La importancia de la creencia en nuestro quehacer cotidiano es cuantitativamente grandiosa aunque no seamos conscientes de ello. La máxima eficacia [de la creencia] sobre nuestros comportamientos reside en las implicaciones latentes de nuestra vida intelectual. Los actos realizados a partir de creencias (...), siendo algo que hacemos, no sabemos por qué lo hacemos, no somos conscientes y responsables de nuestra propia acción —es el caso de la obediencia al derecho—. Lo hacemos a cuenta de alguien que desconocemos y que, en pureza, ni siquiera existe, pues el origen de las creencias está en la despersonalización de una acción —en la impersonalidad”. (pp. 110-11).

*Ideas y creencias*, pues, “por su diferente textura, representan dos estratos de distinto orden y rango en nuestra vida. Las creencias son los cimientos que soportan todo lo demás, constituyen la base de nuestra vida. Toda nuestra conducta, también la intelectual, depende de cuál sea el sistema de nuestras creencias (...). Desde este punto de vista, las creencias constituyen el marco de posibilidad de la actuación humana, son su perfil delimitador” (pp. 111-2).

Pero añade, que no hay que confundir “el carácter básico y radical de la creencia con ciertas ideas de las que nos consta su veracidad” (p. 112), pues, por existir en las mismas «correspondencia» con la realidad, son evidentes. Pero, “[l]a adhesión irremediable que surge tras la aparición de una evidencia y que se nos impondría como la realidad más imperiosa se convierte en algo dependiente en lo absoluto de la voluntad y, en este sentido, deja de sernos realidad, pues la realidad es la forma más aguda de contravoluntad: existe y se nos aparece querámoslo o no. Con nuestras creencias estamos inseparablemente unidos, al contrario acontece con las meras ideas, de las que siempre nos separa una distancia infranqueable: la que va de lo real a lo imaginario” (p. 113).

Y junto a la creencia existe, el otro miembro del par dialéctico, la «*duda*»; la duda tiene el mismo estatuto ontológico que la creencia [Polanyi, 1969:272]. Es además: “un modo de creencia, (...), un modo deficiente de creer, es un creer doble (...) porque dos creencias incompatibles pugnan dentro de nosotros y rivalizan entre sí. Dado el carácter esencial que —como toda creencia— tiene la duda, también ella pertenece al sustrato básico del hombre”; “Se duda por la misma razón que se cree: sin saber por qué” (p. 114). Pero, al contrario de lo que sucede con la creencia, la duda nos sume en la más absoluta inestabilidad. “La duda, que no es sino la confrontación entre dos creencias, anula nuestra propia existencia” (pp.114-5). “De la misma manera que la creencia nos proporciona la seguridad básica para actuar sin pensar —...- la duda representa la fuerza motriz del pensamiento, de las ideas (...). Sólo cuando surgen huecos en nuestras creencias aparecen de verdad las ideas cuya labor es sustituir la inestabilidad, la ambigüedad, la duda, por un mundo estable y dotado de sentido (p. 115).

El profesor Bastida realiza aquí una importante aclaración metodológica. Si bien hasta aquí ha explicado la interrelación entre ideas y creencias, ahora nos advierte que sería erróneo concluir que la creencia tiene prioridad respecto a la idea, porque “[u]na cosa es la primacía ontológica [que, añade, es indudable] (...) y otra la prioridad temporal” (p. 116). Pues, “[e]l origen de la creencia radica siempre en una idea. Las creencias comienzan siempre por ser ocurrencias o ideas en sentido estricto. Lo que ocurre es que esas ideas se consolidan al punto de transformarse en realidad misma, en referencia básica desde la cual actuamos y con la que contamos en todos los órdenes de la vida. Cuando se cree en una idea significa que esta idea es la realidad y, por tanto, dejamos de verla como idea. Las creencias son ideas exitosas, ideas que han aprobado el examen de la historia y se han incorporado a la realidad misma (...). Al igual que los tópicos, las creencias son ideas (...), estimaciones de valor” (p.116). De este modo a las tres características ya atribuidas a la creencia [*irracionales*, *básicas* en la conformación de la vida humana e *impersonales*] añade ahora, siguiendo a C. Castoradis [1998:157],

una cuarta: son «colectivas». A tenor de estos rasgos de la creencia propone el autor que el brocardo *ubi societas ibi ius* debe ser sustituido por *ubi societas ibi fides*.

En este punto de la explicación el profesor Bastida, introduce una más precisa definición del concepto de derecho: “El derecho (...), es la creencia en la corrección tanto del patrón de conducta exigida por las normas como de la fuerza correlativa con que se sanciona al infractor y que desemboca en la obediencia al patrón normativo” (p. 120). De esta nueva definición de derecho se desprenden dos consecuencias importantes: que el derecho tiene las características anteriormente atribuidas a la creencia y también que esa creencia, que constituye el derecho, precisa ser sostenida por el uso de la fuerza. Este nuevo rasgo atribuido al derecho como creencia no parece estar justificado desde el patrón mentalista que el autor viene utilizando y menos aun si se atiende a la perennidad, que afirma las sostiene antes de ser barridas por la idea. Y no parece satisfactoria la explicación aun cuando llame a su favor a J. Raz que, “con su teoría de la norma como razón para la acción se aproxima mucho a lo que aquí mantenemos, aunque no lo desarrolle”. Por lo que, “si escorzamos ligeramente la teoría de Raz podemos decir: las normas son razones para actuar mediante la creencia” (p. 120-21).

A partir de la anterior definición, el autor, da un paso más añadiendo que “[l]a obediencia al derecho, en su doble vertiente de aceptación del poder y ejecución del poder por los órganos encargados al efecto, hunde sus raíces en la sumisión traditiva articulada por la creencia. La tradición realiza la equidad por el mero hecho de ser recibida. Ese es (...) el fundamento místico de la autoridad. Y *autoridad* (...) viene de la voz *aigere* [que] significa «hacer creer»” (pp. 121-2). No obstante consideramos que de esta explicación etimológica no se sigue la explicación de las relaciones del derecho y del poder con la obediencia, máxime si como añade “[s]ólo cuando el mando se desenvuelve dentro de los límites que le son habituales -...- la obediencia se da de modo incondicionado.

Si el derecho es creencia, o, (...), si la obediencia en la que consiste el derecho es creencia, se precisa que la realidad a la que estamos acostumbrados, en la que creemos, no se conmueva” (p. 122). Aunque, añade, que si a los humanos se les trata de imponer obligaciones que “sobrepasan los límites de lo habitual el poder ya no se beneficia de su automatismo. La obediencia traditiva se derrumba. Y cuando se siembra la duda, (...), siempre florece la cizaña que es la idea, y con esta la revolución” (p. 122-3).

¿Y cómo explicar la relación entre el derecho como creencia y su relación con el poder? El autor sigue dando cuenta de ese mecanismo en términos psicológicos, aplicándole la lógica de la dialéctica hegeliana, lo cual le sirve también para explicar las tres fases posibles de toda creencia: cuando es *fe viva*, *fe muerta* y *duda*.

Por esto, para que exista un cambio en la obediencia correlativo a una autoridad mudable se precisa un incremento en la causa que da lugar a la obediencia: “de algo más que la sola habitualidad. El poder, en estos casos límite, debe consistir en algo más que el *quantum* de una fuerza a la que estamos acostumbrados” (pp. 123-4). El autor sostiene que este proceso es sugerido por la lógica y, además, está ratificado por la historia misma.

El proceso lo explica del siguiente modo: “el poder rompe la armonía establecida entre el ejercicio normal del mando y la sumisión igualmente habitual (...). Se abre un agujero en la creencia y aparece la duda; y con la duda la necesidad del pensamiento que nos lleve a intentar armonizar la nueva situación de hecho. La obediencia se cuestiona. Antes (...) el fenómeno de la sumisión era básico e inconsciente —era una creencia—; ahora, sin embargo, surgen las dudas (...) y se precisa una labor de racionalización que explicita lo que con anterioridad era residuo incontestante, irracional, natural. En suma, se teoriza”. (pp. 124-5). O dicho de otro modo: “Existe una creencia que da

estabilidad, pero una nueva situación lleva a la crisis de esa creencia que aflora en la duda y produce inestabilidad. La duda (...), hace aparecer el pensamiento, la razón. Esta es la muerte de la creencia y el parto de una idea, de donde, por otra parte, procede la creencia. Toda creencia nace de una idea y muere de un ataque de duda (...). Con todo esto se cierra un ciclo dispuesto a ser repetido *ad infinitum*" (p.125). "El poder encarnado en el derecho tiene una propiedad casi mágica cual es la duración a través del tiempo. El poder se nos aparece como un hecho natural"(p.125). A lo que añade: "Jellinek ha destacado con acierto la influencia que el instinto mimético del ser humano desempeña en la creación del derecho. La repetición de hechos tiene, (...), incorporada fuerza normativa" (p. 126).

Por ello, "la sucesión de autoridades que han transitado durante siglos por una sociedad puede considerarse como un solo gobierno que ha subsistido a los avatares de la historia. La obediencia habitual a ese poder fantasmagórico procede de una creencia que convierte la fuerza encubierta por símbolos jurídicos en patrón de comportamiento digno de ser seguido y utilizado como pauta obligatoria" (pp. 126-7). El profesor Bastida insiste en dejar claro que "el ascendiente que distingue a una fuerza de otra, al derecho de la violencia, cae fuera de los límites de la razón, no está justificado por la lógica del pensamiento y sí, en cambio, por la lógica de la creencia" (p.127).

"Que el derecho es inicialmente sólo fuerza y que precisa de la institucionalización de la creencia en el poder mediante procedimientos simbólicos es algo que resplandece en la historia de todos los pueblos" (p. 128). Y para ilustrar esta afirmación emplea ejemplos acerca de cómo se justifica la aparición del poder-autoridad en los pueblos sin estado y en Roma. Ejemplos que utiliza para afirmar que "el poder jurídico, como todo poder, comienza siempre por la ilegitimidad. Alguien asume el mando y afronta una tarea perentoria sin ofrecer título alguno que le permita obrar según lo hace. En esto existe una indistinción absoluta entre el derecho y la pura fuerza. Sólo cuando la fuerza se institucionaliza mediante la estabilización de las personas que ejercen la autoridad puede empezar a hablarse de auténtico derecho. Claro que hay que tener en cuenta que las razones que explican la transición del primer al segundo paso son absolutamente irracionales. La tradición, el rito y la sacralización son los factores que alumbran la transformación de lo fáctico en normativo" (p. 134).

Precisa el profesor Bastida que las anteriores aclaraciones tienen por objeto poner de manifiesto que la violencia se encuentra en el origen del poder y constituye el punto de partida de todos los regímenes. "Lo que ocurre es que los regímenes establecidos han dejado ya detrás (...) la violencia primaria, elemental, desnuda. (...). Naturalmente, siguen apelando a la violencia, pero ahora es ya una violencia que no se reconoce como tal porque se ha institucionalizado y autojustificado por la ley" (p. 135). El derecho actual, "en cuanto expresión del presunto derecho de los poseedores frente a los desposeídos, (...), y al intentar cubrir la violencia originaria con el manto del derecho y aún de la moral, agrega fariseísmo a la violencia. En este sentido, los regímenes políticos organizados como estados de derecho son doblemente inmorales: en primer lugar, por realizarse sobre la violencia y el terror; y en segundo lugar, por negarse a reconocerlo e intentar camuflarse con el cuño de la pureza y la legalidad" (p. 136).

El autor abunda en citas (desde F. González Vicén, M. Weber, P. Bourdieu<sup>6</sup> a H. Welzel) para confirmar que, "[n]o es posible elegir entre la violencia y el derecho, sino entre distintos tipos de violencia" (p. 136). El derecho, desde esta perspectiva, no es más que fuerza enmascarada, aunque posee además otras características. "Ciertamente,

---

6 En las dos citas que aparecen en el libro y su inclusión en la bibliografía, este autor aparece citado incorrectamente como Bordieu.

desde el punto de vista de la especificación cualitativa –desde el punto de vista ontológico- la manifestación última del derecho no es más que eso. Lo que sucede es que, precisamente por la tendencia expansiva que tiene todo poder, la relación de sumisión al mando se ve alterada por nuevas exigencias” (p. 138). Es entonces cuando aparecen otros dos rasgos que, afirma, si bien no definen cualitativamente al poder jurídico sí lo perfeccionan, como son la *legitimidad* y a la *benemerencia*.

Pero, “[a]mbas explicaciones doctrinales son justificaciones de la sola fuerza (...). La legitimidad y la benemerencia son las prótesis de las que se vale la fuerza para ocultar su lisiada apariencia. Y es que, (...), las justificaciones del derecho tienen siempre algo de ortopédico. Este mismo carácter supletorio es el que explica que tanto la legitimidad como la benemerencia participen de aquella propiedad de la que gozaba la fuerza considerada jurídica. Su ontología es puramente psicológica. Lo jurídico, lo legítimo y lo bueno son cualidades que no tienen existencia empírica. Su esencia se nos escapa de las manos porque, (...), no existen por sí mismas y sólo toman forma en la mente humana. Lo que sí existe, en cambio –y este es el único, repito, el único hecho relevante del derecho-, es la creencia en que determinada fuerza –precedida de ciertos rasgos formales o simbólicos- es diferente de otras fuerzas similares y que, a diferencia de estas últimas, debe ser obedecida” (pp. 139-40).

Y añade que, de “la misma forma ideal existe la creencia en que un poder, para serlo, precisa de una causa eficiente –la legitimidad- que lo diferencie *ab initio* de otras fuerzas paralelas y competitivas; o la creencia en una causa final que cumpla la misma función acudiendo a una capacidad bienhechora insita al ejercicio de ese poder.

Aunque estas tres características del derecho, fuerza, legitimidad y benemerencia (...) sean analíticamente diferenciables, en la realidad no es posible aislarlas como si fueran elementos químicos de un componente complejo” (pp. 140-1). Porque lo “cierto es que, en primer lugar, -...-, nunca aparece la fuerza jurídica desprovista de algunos de sus báculos justificadores. (...) Variará el modo de fundamentación de la obediencia - legitimación tradicional, carismática o legal- pero siempre existirá una legitimidad que le sirva de apoyo. Por otra parte, los dos caracteres ancilares que apoyan a la fuerza pura en su aparición como poder jurídico aparecen casi siempre de manera conjunta y operan de coadyuvantes. Queremos decir con ello que el poder *legítimo*, en principio fundamentado en alguna característica originaria que propicia su inmediata asimilación a la creencia, se relaciona también con el argumento de la benemerencia. Las formas originarias de lo legítimo tienen un referente en la finalidad bienhechora que con ellas se logra. Si existe una santificación del mantenimiento de la línea dinástica o de la elección popular (...) es porque tales formas van asociadas a un mejor gobierno de la comunidad. El respeto a ese peculiar origen del poder contribuirá, se cree, a una mejora del bien común” (pp. 141-2).

Y entonces, “[p]udiera parecer que la legitimidad y la benemerencia no son más que repeticiones innecesarias de la creencia que toda fuerza considerada jurídica debe incorporar. Sin embargo, no es así. La creencia es un hecho inconsciente que va directamente asociado por una conexión traditiva a la fuerza que lleva aparejada simbología jurídica. Desde esta perspectiva, la *legitimidad de la legalidad* (...), [M. Weber, 1964: 27-43] es en realidad un tipo de legitimación tradicional. El problema técnico de cómo comunica la autoridad su legitimidad siempre se presenta en el derecho desde presupuestos simbólicos garantizados por el peso de la tradición. (...). Legitimidad y benemerencia, por contra, son notas que explícitamente se formulan por parte del poder para asegurar que la creencia jurídica sea precisamente eso, creencia, y no se torne en idea” (pp. 142-3). “El error de las teorías normativas que estudian la autoridad radica en partir de una preconcepción caprichosa de lo que ésta es para luego intentar justificar la obediencia al poder que desarrolla. Parece que la obediencia se da cuando la autoridad

cumple una serie de exigencias”. Y esto, sostiene el autor, “es invertir el proceso (...). Cuando las teorías normativas creen calar el sentido de la obediencia se encuentran siempre empuñando un triste ramillete foliculado” (pp. 144-5).

“El poder no desaparece cuando reniega de la fuente de derecho que le ha dado origen (...). Continúa mandando y continua siendo obedecido; lo cual es condición necesaria –y suficiente– para que haya poder. La esencia del poder no son las cualidades adquiridas –legitimidad y benemerencia, (...)- con que tan frecuentemente aparece adornado. La vanidad de los estudios que conciben la autoridad como concepto normativo se revela cuando llega el divorcio con la sociedad; cuando la autoridad (...), carece de esa engalanada condición y, sin embargo, continua ejerciendo con imperio la misma función coactiva” (pp. 145-6). A través de esta cadena de razonamientos, el autor, niega a las notas de legitimidad y benemerencia el carácter clasificante en la delimitación del concepto de derecho y con ello niega, en último término, cualquier relación conceptual entre derecho y fuerza y derecho y moral.

Así caracterizado el concepto de derecho como creencia y explicadas las relaciones del mismo con la obediencia, la duda, la moral y el poder, el profesor Bastida finaliza el capítulo contrastando su justificación acerca de la “legitimidad y la benemerencia” con el «argumento de corrección» elaborado por R. Alexy [1994:41 y ss] y que con esa u otra etiqueta, afirma, es sostenido también por Habermas, Soper, Zagrebelsky, E. Garzón o MacCormick. En esta parte final del capítulo el autor analiza el «argumento de la corrección» de R. Alexy, repartiendo palo y zanahoria a dicha construcción. Y concluye demostrando, desde su propia construcción teórica, que la pretensión de corrección como criterio delimitador de un sistema jurídico sólo tiene “relevancia cualificante”, por lo cual no se puede hablar de “vinculación conceptual entre derecho y moral” (p.155). Porque “[d]e hecho, la pretensión de corrección no es otra cosa que lo que aquí hemos venido llamando benemerencia. Lo que ocurre es que el criterio de la corrección, al igual que veíamos al tratar de la benemerencia, en primer lugar, es puramente formal –incluso ritual– con lo que al reconocer su necesidad en todo ordenamiento jurídico, nada se estará reconociendo en realidad, y, desde luego, ninguna conexión con la moral se podrá colegir; en segundo lugar, el criterio de corrección es congénito ya no al derecho sino a toda sociedad que pretenda articularse políticamente”. (p. 156-7). Y por ello “no es posible utilizar el argumento de la corrección para deslindar el derecho de la fuerza. En ninguna sociedad existe ni ha existido un orden que no haya acudido a algún tipo de justificación legitimadora del poder. (...). Ningún gobierno renuncia a la apelación a algún tipo de justicia material para herosear su actividad. El derecho no se maneja únicamente, como supone la mayoría de la tradición jurídica, con técnicas normativas de coacción. El trabajo de la dogmática consiste en inventar las palabras tranquilizadoras que eludan la violencia que ejerce el poder en todas sus manifestaciones y resaltar la benemerencia en la que la política ubica su prestigio (pp. 157-8).

#### *Los asuntos de la filosofía del derecho*

A estas alturas de la exposición al lector/ra de este comentario le puede invadir la impaciencia por conocer la propuesta sustantiva que el autor del libro propone como especificación de la reflexión iusfilosófica. La impaciencia puede responder a dos motivaciones diferentes; la primera puede haber surgido a raíz de las descalificaciones rotundas de la actual filosofía del derecho, realizadas en el primer capítulo y el segundo motivo de impaciencia ha podido suscitarlo la novedosa concepción ontológica presentada en el libro y que, sin ánimo de juzgarla por mi parte, se insinúa sugerente en novedades respecto a la reflexión iusfilosófica misma. Adentrémonos pues en la propuesta del profesor Bastida.

El autor inicia su andadura de la mano de G. Bueno [1995:97] para explicitar la noción de qué es filosofía y que define “como saber de segundo grado está en función de

las realidades del presente y presupone siempre otros saberes dados” (p.163). La filosofía es pues un “saber reflexivo por cuanto se vuelca sobre saberes previos a fin de compararlos, contrastarlos y explorar sus límites recíprocos” (p. 164). Además, “se ocupa de las ideas que brotan de la confluencia de conceptos que se conforman en el terreno de las categorías o de las tecnologías. Su campo es el del enfrentamiento con las ideas y con las relaciones sistemáticas entre las mismas. Por eso, (...) creemos que la filosofía ha de apoyarse sobre las disciplinas positivas del presente, para lo cual será preciso tener con ellas el mayor contacto posible, a fin de regresar críticamente hacia las ideas que atraviesan sus campos respectivos [G. Bueno, 1995:45-6]”<sup>7</sup>. El objeto de la filosofía del derecho hay que situarlo desde esta concepción, la del autor, “no es el estudio de una parte o aspecto del saber jurídico -...-, sino el conjunto de esos saberes jurídicos como totalización” (pp. 165-66), porque «el derecho es también una realidad política, moral, económica, cultural, histórica (...) inasequible al análisis estrictamente científico» [N. M. López Calera, 1992:17]” (p. 167). Esta «totalización» propia del saber filosófico “procura un análisis de las ideas que surgen de la actividad de la ciencia jurídica estableciendo un sistema entre las mismas y desbordando el método de la ciencia del derecho”(p. 166). En esta línea de argumentación el autor la refuerza con citas de autores tan diversos como A. Kaufmann, L. Legaz y N. M. López Calera y añade que “la filosofía del derecho encuentra su justificación en el tratamiento de aquellos temas a los que no llega la ciencia jurídica” (p. 166-7). Pero aquí se hace una precisión importante: “la totalización de ideas a partir de conceptos puede seguir (...) dos rumbos bien distintos. Podemos considerar que los conceptos que surgen de la práctica y que son categorizados por la ciencia del derecho adquieren cierta autonomía y justificación en tanto que sirven para entender, racionalizar y explicar el funcionamiento de esa práctica; o bien podemos cuestionar la autonomía y justificación de la práctica que da origen al derecho e intentar una reconstrucción externa de la misma. En el primer caso hablaremos de una totalización dogmática y en el segundo de totalización crítica”. (p.167).

Después de las anteriores precisiones conceptuales el autor pasa a ejemplificar estas dos maneras posibles de tratar filosóficamente el derecho. Y para ello se remite a la propuesta metodológica que el antropólogo Marvin Harris [por todas, 1987] emplea para estudiar las causas de las diferencias y semejanzas entre sociedades y culturas. Lo fundamental que recoge el autor del citado método es la clasificación *emic* y *etic*<sup>8</sup>. La anterior distinción se usa para diferenciar entre la perspectiva que adopta un científico social para conocer dos clases de fenómenos radicalmente diferentes: los mentales y los sociales. Según Harris «lo que caracteriza a las operaciones de tipo *emic* es la elevación del informante nativo al status de juez último de la adecuación de las descripciones y análisis del observador», y el rasgo distintivo de las operaciones de tipo *etic* «es la elevación de los observadores al status de jueces últimos de las categorías y conceptos empleados en las descripciones y análisis» [M. Harris, 1982:47]

El profesor Bastida echa mano de esta terminología y distinción que homologa con la que Hart llama –respecto al estudio del derecho- el punto de vista *interno*: “las proposiciones *emic* se refieren a sistemas lógico-empíricos cuyas distinciones fenoménicas están hechas de contrastes y discriminaciones que los actores mismos consideran significativas (...), apropiadas para hacer inteligible su actuación” (p. 168). E identi-

---

7 El profesor Bastida dice que en el presente la antigua polémica seguida entre G. Bueno y M. Sacristán acerca del carácter adjetivo o sustantivo de la filosofía “se reconduce a un común acuerdo”. Más adelante se verá aquí como esta afirmación es incorrecta a tenor de la concepción «buenista» que el autor del libro que comentamos sostiene.

8 Esta terminología usada por M. Harris fue introducida por el lingüista antropológico Kenneth Pike, en *Langage in Relation to Unified Theory of the Structure of Human Behavior*. Mouton. La Haya, 1967 (2ª edición).

ca la perspectiva *etic* con el punto de vista *externo* que, por el contrario, permite considerar las prácticas sociales desde el punto de vista externo: “propia de un observador que prescindiendo de la significación que pueda tener un acto para aquel que lo realiza, analiza la consistencia del acto a través de distinciones fenoménicas adecuadas para la comunidad de observadores científicos” (p. 169).

Sostiene que para la reflexión iusfilosófica, ambas perspectivas son necesariamente complementarias y aunque de las relaciones que se siguen entre ellas se coligen diversas consecuencias epistemológicas, él sigue el modelo para explicar y justificar el objeto de los estudios científicos sobre el derecho y la reflexión filosófica sobre el mismo. Y al respecto se indica que “la misma relación que media entre la conceptualización *etic* y *emic* –incluida su jerarquía explicativa– es la que existe entre los dos modos de entender la totalización filosófica que antes comentábamos” (p. 172); o dicho de otro modo: “La totalización dogmática (...) equivale al tipo de descripción *emic*; mientras que la filosofía crítica se corresponde con el tipo de descripción *etic*” (p. 173). La anterior distinción, pues, le sirve al autor para extraer dos conclusiones importantes: i) “que ambos modos de totalización son indispensables para la elaboración de una filosofía del derecho sistemática. La filosofía es tanto totalización de la realidad empírica del derecho como totalización de esa realidad empírica conocida a través de la ciencia jurídica” (p. 173), y ii) “también atribuimos una prioridad fundamental al tipo de descripción *etic* como formulación global de la filosofía del derecho. Aunque los dos modos de entender la totalización *ideal* del derecho dan lugar, en sentido lato, a una filosofía del derecho, sólo la segunda es filosofía en sentido estricto” (p. 173).

Lo anterior se concretaría en lo siguiente: el derecho (obviamos introducir aquí la variante de si este objeto sigue siendo creencia o idea, si es continente o contenido) puede ser contemplado filosóficamente, como totalización, desde el punto de vista interno y desde el externo. La perspectiva *emic* se ocuparía de la totalización que viene realizando la dogmática. Que “tiene como *ratio* la contemplación del derecho como conjunto articulado de normas que cumplen una función de orden social. Los caracteres que forman la realidad no son cuestionados habida cuenta de que la función que realizan existe empíricamente. (...). El mero hecho de su existencia es razón suficiente para estimarla justificada y acorde con un comportamiento racional” (p.176-7).

El segundo punto de vista *etic*, por el contrario, es el estrictamente filosófico como se ha visto anteriormente, “estudia el fenómeno jurídico desde el punto de vista sintético como el resultado de relaciones de complicación. -...-. La complicación –también llamada fundación o fundamentación– es aquella relación por la cual una parte está unida a otra pero sin estar contenida en ella. Desde esta perspectiva, el derecho no se agota en su especificidad formal ni en sus peculiares derivaciones de validez, sino que se integra en la «cultura jurídica» de una sociedad” (p.178). Por todo esto la filosofía es, frente a la filodoxia, “una disciplina *ética* -...- que utiliza enunciados independientes del mantenimiento del orden autónomo creado por las normas” (p. 179).

Tras esta diferenciación, el autor justifica estos dos modos filosóficos de tratar el derecho remitiéndose a la cultura griega, al momento en que aparecen enfrentadas *doxa* y *episteme*, o *aletheia*. Pretende el profesor Bastida identificar el modo *emic* de tratar el objeto derecho por la reflexión filosófica con lo que representaba la *doxa* en Grecia, como «opinión» y, de acuerdo con esta tradición, llama a la reflexión iusfilosófica interna *filodoxia*. Y a la reflexión que puede hacerse sobre el mismo objeto desde el punto de vista *etic*, o externo, es la auténtica *iusfilosofia*.

La distinción anterior entre dogma y crítica, en opinión del autor, se justifica desde los orígenes de la filosofía griega que ya distinguió y atribuyó valores diferentes a la *doxa* y a la *episteme*. Y afirma que la filosofía nació enfrentada a la *doxa*: “expresión de lo consabido. Por el contrario, la filosofía tienen un cariz polémico por cuanto

cuestiona sistemáticamente la opinión recibida” (p. 176). En este punto el autor introduce una interpretación de la relación entre *doxa* y *episteme*, entre lo que él llama *filodoxia* y *filosofía*, un tanto particular<sup>9</sup> y que estimamos contradictoria a tenor de la afirmación siguiente: “la filosofía no tiene porqué destruir la prefilosofía –la *filodoxia*- de la que parte y con la que se enfrenta, sino que desde su nivel debe comprenderla, absorberla o sustituirla por una verdad justificada” (p. 176).

La actitud filodóxica toma el derecho como conjunto de preceptos socialmente vinculantes cuya obligatoriedad no es cuestionada. “La filodoxia (...) establece una visión analítica del derecho basada en relaciones de implicación (...). En la implicación la serie de pensamientos brotan dentro de un primer pensamiento en virtud de un análisis progresivo. La filodoxia al analizar el derecho como un conjunto formal con sustantividad propia ve al derecho como un conjunto de partes implicadas(...). La filodoxia es una disciplina eminentemente émica ya que se sirve de enunciados que sólo desde el punto de vista interno del participante tienen sentido, pues sólo desde esta situación el concepto de obligatoriedad y el orden correlativo que implica adquieren relevancia” (pp. 177-8).

“Las soluciones de la filodoxia parten siempre de la elusión de las posibles respuestas que pueda dar la filosofía. La filosofía indaga qué diferencia hay, si la hay, entre la soberanía que se predica del poder constituyente y la eficacia que se deduce de una actuación inconstitucional impuesta por vía de hecho; la filodoxia se dedica a buscar la diferencia que sin duda existe -...- entre ambos supuestos” (p.181).

Por el contrario, “la actitud filosófica concibe el derecho como producto cultural cuyo sentido está en función de los demás elementos de la sociedad en que emerge y vive” (p. 177). Pero “lo que verdaderamente diferencia a la filosofía de la filodoxia no son las diferentes preguntas a las que dan respuesta. Es la perspectiva desde la que se afronta un problema y no la naturaleza del problema mismo. El objeto de conocimiento (...), no es constitutivo de estos dos modos de conocimiento. Es la diferente actitud ante las mismas preguntas la clave que los separa. La filosofía intenta responder y la filodoxia solucionar (...). La filosofía y la filodoxia expresan diferentes cosas. Parafraseando lo dicho por N. Bobbio respecto de la ciencia y la filosofía, la filodoxia es una toma de posesión de la realidad y la filosofía es una toma de posición frente a la realidad (1980:88). Responder y solucionar pueden parecer términos equivalentes y, sin embargo, no lo son. La filodoxia no da respuestas: únicamente proporciona expedientes que dan salida a una dificultad salvando así los inconvenientes que se derivan de un cuestionamiento último. La verdad, aquel bien que, siguiendo el mito platónico, sólo es accesible una vez fuera de la caverna, no es un fin en sí mismo. Es más, la propia condición funcional de la filodoxia exige que su método tenga como espacio la umbría cavernícola” (pp. 180-1). Por el contrario, “a la filosofía no le basta con la solución -...- de ciertos problemas que se le presentan. Su cometido es el de analizar las interpretaciones de la filodoxia, dar razón de ellas, ponerlas a prueba, rechazarlas si son falsas y elevarlas a condición de filosóficas si son verdaderas” (p.181).

En este punto de la explicación se hace imprescindible introducir una aclaración conceptual. El autor del libro puede hacer de la contraposición, entre *doxa* y *episteme*, la interpretación que desee, pero lo que no me parece autorizado es alterar el sentido que la misma desempeñó en el hilozoísmo de los presocráticos –desde Tales a Parménides- y en el mismo Platón. Para los filósofos clásicos griegos la *doxa* represen-

---

9 Y que está preconcebida para justificar no sólo lo que él entiende por “*filodoxia*”, como veremos, sino la iusfilosofía misma; en este sentido apunta la expresión siguiente: “la *doxa* debe ser asumida por la filosofía que no es sino la superación dialéctica y, por tanto, envolvente de aquel pensar” (p. 176).

taba todo conocimiento, opinión, recibido de la tradición que, en último término, se remontaba al mito y frente a ese saber aparece la *aletheia*, como vía hacia la verdad<sup>10</sup>. Para los filósofos griegos en general y para Parménides en especial, quienes siguen la vía de la *doxa* están en la senda sobre la que los «ignorantes mortales vagan bicéfalos» y enfrente están aquellos que siguen la «vía de la Verdad»; de ello se deduce que la única forma verdadera de conocer es ésta última y, además, es antitética con la *doxa*; o dicho de otro modo, el conocimiento proporcionado por la opinión es sustituido por el verdadero conocimiento. Pero aplacemos de momento sacar conclusiones respecto a esa contraposición teórica a los efectos de la propuesta del profesor Bastida, pues a tenor de su análisis tenemos dos modos de hacer iusfilosofía: la reflexión *filodóxica* y la específicamente *filosófica*<sup>11</sup>.

Empecemos por lo que él llama: el *camino de la doxa*; esto es, la especificación de la filodoxía. Por el camino de la *doxa*, de la especificación filodóxica, tiene “un sesgo práctico, funcional y utilitario” (p.184), y se justifica en tanto centra su objeto sobre el derecho que “crea un orden en la convivencia social; y este orden *ha de ser* diferenciado conceptualmente de otras regulaciones competitivas. Así, la filodoxía desenvuelve su campo de actuación en el lugar que tradicionalmente ha ocupado la filosofía dogmática; esto es, aquella filosofía que se presenta como doctrina cuya estructura pretende fundarse en principios axiomáticos intemporales y, por tanto, se reconoce como saber definitivo y cerrado en sí mismo. La filodoxía se orienta a la comprensión de las reglas que producen el orden social. Pero esa comprensión es, a la vez, reproducción de los mecanismos que hacen posible el orden. (...) Al igual que si se tratase de un organismo vivo cuya supervivencia constituye en sí mismo un bien, el derecho es visto como un ser al que hay que observar y comprender para facilitar así su conservación y su desarrollo. La filodoxía, entonces, estudia las reglas que producen la convivencia porque y en tanto que producen esa convivencia; estudia la operatividad de las reglas porque son y para que lo continúen siendo. La seguridad, certeza y previsibilidad del ordenamiento institucional se alimentan del conjunto de fórmulas estables que proporciona la filodoxía (p.185-6). Pero esta línea de investigación “es inoperante para plantearse cuestiones ontológicas (...). Este tipo de planteamientos acaba siempre cuestionando la obligatoriedad de la normatividad y, con ello, poniendo en peligro la subsistencia del ejemplar jurídico” (p. 186).

Las características de la filodoxía: “se pueden reunir en torno a la teoría de la dogmática jurídica. La dogmática jurídica es la ciencia del derecho en sentido estricto (...). La teoría de la dogmática (...) estudia los métodos de conocimiento de la dogmática, la forma típica de tratamiento y elaboración de los textos jurídicos vigentes realizados en función de la práctica judicial profesional. Su misión es conocer y dominar el mensaje normativo contenido en el sistema jurídico en vigor para poder aplicar la consecuencia jurídica prevista a las relaciones sociales controvertidas. Las definiciones del derecho que propone y ensaya la filodoxía tienen un propósito específico, cual es la delimitación de un sector que pueda ser comprensiblemente descrito e históricamente estudiado bajo la denominación de ciencia jurídica, y, para este propósito, ha de partir de criterios de utilidad. (p. 187).

El método de la filodoxía, a tenor de sus objetivos, “tiene que ser immanente. No será posible salirse del objeto mismo buscando alguna conexión con el mundo que lo rodea. El universo que construye la regulación jurídica es la frontera con que se topa la filodoxía” (p. 189).

---

10 Así consta en los fragmentos recogidos por H. Diels. *Die Fragmente der Vorsokratiker*. 5ª edic. a cargo de W. Kranz. Weidmann. Berlin, 1934-54, Frag. 28 B 6.

11 Al respecto el autor añade que aunque la terminología pueda parecer equívoca, “la tipología que establece R. Treves [1962:155] se condice con la que aquí ofrecemos” (p. 181).

La razón de la reflexión filodóxica responde a “lo que Kantorowicz [1964:36] llama «pragmatismo conceptual» (...) y que está encaminado a proporcionar una definición provechosa para la jurisprudencia” (p. 190). “La filodoxía abandona la pretensión de generalidad en sus estudios”(p. 195). “Al tener como meta el estudio del significado y el alcance de los conceptos de la ciencia del derecho, (...) se nutre principalmente de los instrumentos que proporciona la lógica y el análisis del lenguaje (...). La filodoxía es (...) un metalenguaje que tiene por objeto analizar las entidades lingüísticas que se presentan como derecho” (p. 197). Sostiene el profesor Bastida que el modo de hacer de E. Pattaro (1978:42) es ejemplar y representa la perspectiva filodóxica (p. 198).

Perfilada la filodoxía de este modo sus tareas filosóficas están ya anunciadas: “La conexión entre filodoxía y análisis funcional del derecho parece clara. La reflexión filodóxica se torna así en teoría general del derecho o en teoría de la ciencia jurídica. En ambos casos el estudio filodóxico está centrado en la reproducción de la creencia jurídica a través de la codificación normativa. (...). Cualquier conexión de la forma normativa, con la realidad que le da origen es preterida. Con razón dice N. Bobbio [1980:71 y ss.] y (...) M. Atienza [1975:4] que la teoría general del derecho no es una disciplina propiamente filosófica” (pp.198-9). Por esto sostiene, el autor, que la tarea de la filodoxía ha de centrarse en la teoría general del derecho en la que, siguiendo a R. Hernández Marín y a J. A. García Amado, distingue: una teoría general de la norma y una teoría del ordenamiento jurídico. No obstante, advierte que los temas filodóxicos no agotan las posibilidades del tratamiento filosófico, puesto que esa tarea “conduce a una estéril catalogación de los *sonidos* jurídicos” (p. 204). “La filodoxía es -...- la filosofía del derecho de los analíticos” (p. 205).

El profesor Bastida considera que en la actualidad se pretende reducir la filosofía a filodoxía, esfuerzo que él mismo atribuye a la vía del «constitucionalismo», de M. Tropper [1988:65] y, G. Zagrebelsky, [1995:114], mediante el cual el derecho deja de ser mecanismo «neutro» de regulación para adquirir rango de compromiso moral. También señala los peligros de otras reducciones, como es el caso de “la admisión generalizada -...- de que el derecho es un mecanismo de control social y, en consecuencia, la labor del jurista un tipo de ingeniería social”. (p. 208). Ese esfuerzo constituye un peligro que, añade, ha sido denunciado por diversos autores como A. Ollero, (1975: 248), L. Prieto, (1987: 592) y J. R. Capella, (1985:70).

Y es por ello que el autor considera necesaria, en última instancia, la conexión entre ambos modos de hacer filosóficos porque esa unión implica “la toma de conciencia de la falsificación que subyace en la filodoxía donde el pensamiento de la filosofía se hace crítico respecto a la validez, pretendidamente absoluta, del planteamiento filodóxico” (p. 209). Es en este punto donde el profesor Bastida reivindica el papel crítico de la filosofía como “tritadora de mitos”, antes de entrar a enumerar las características específicas del hacer iusfilosófico.

El autor para precisar la especificidad de la filosofía del derecho, se introduce por el camino de la *aletheia* y mediante citas de diversos autores va precisando el sentido y las tareas de la iusfilosofía, en sentido estricto. En primer lugar “la filosofía carece de predeterminación funcional. (...). «La investigación filosófica (...) es aquella que (...) exige el cuestionar ilimitado y radical» [Th. Viehweg, 1985:25]. Por ello, la filosofía, constitutivamente, es una disciplina atea. Sólo cuando surge un modo de pensar que sustituye los principios de fe por modelos de conocimiento puede hablarse en propiedad de filosofía. La indagación sobre la realidad no puede tener predeterminación dogmática alguna” (p. 211). Además, «tiene su punto de partida en la desvinculación de los dogmas hierocráticos», [F. González Vicén 1979a: 210 y ss.]; «no se detiene ante un postulado último que nunca pueda ser puesto en cuestión», [C. Castoriadis 1988:160]. “La verdad, no la utilidad, es el criterio que guía la investigación filosófica” (p. 212), o

dicho en términos popperianos «los únicos fines intelectualmente importantes son: la formulación de problemas, la propuesta tentativa de teorías para resolverlos; y la discusión crítica de las teorías en competición» [K. Popper, 1993:31]. Pero además, la filosofía “tiene desde sus inicios una clara vocación verediciente, [o dicho con palabras de J. Ortega] «la filosofía es un enorme apetito de transparencia y una resuelta voluntad de mediocidad»” (p. 212); ello, no obstante, aclara el autor, no quiere decir que apueste por “una implantación gnóstica de la filosofía. Muy al contrario, por el hecho de defender una filosofía inmersa en el presente, con su consiguiente implantación política, hemos de postular la ausencia de predeterminación funcional. (...). Sin embargo, la labor de la filosofía estriba en desenmascarar y restablecer la perspectiva de la verdad, aunque con ello se enerve la función utilitaria de la impostura filodóxica” (pp. 212-3).

Y como ha sostenido anteriormente: “Si el derecho es *creencia*, la filosofía del derecho debe estar formada por *ideas* que pongan de manifiesto ese carácter de creencia y extirpen la cotidianidad de la sólita obediencia. El filósofo, por definición, es *descreído*” (p. 213). Por ello, “[l]a filosofía del derecho surge siempre ante la duda, ante el hueco que suscita el mero ser consciente de la creencia en que consiste el derecho (...). La aspiración a *estar* en lo cierto tiene como servidumbre el continuo estar en duda. Ahora bien, si el derecho es creencia no habrá nada tan disolvente como la filosofía del derecho” (p. 213). Pues, “[l]a creencia en que consiste el derecho no es más que tradición que la filosofía del derecho debe desenmascarar, devolver a su primitivo estatus de idea sólo reificada tras la imposición de fuerzas sociales dominantes” (p. 214).

Sostiene el profesor Bastida, con Condorcet, que “el mal -...- procede de la escisión del género humano en dos clases: la de los hombres que creen y la de los hombres que razonan. La función de la (...) filosofía del derecho es, precisamente la de enfrentarse a las creencias, la de sembrar el germen que da lugar a la duda y nos «libera de la tiranía de la costumbre» [(B. Russell, 1992:132)]” (pp. 214-5).

Mas también, la filosofía carece de dimensión utilitaria y quienes sostienen que la filosofía es un instrumento indispensable para la formación práctica del jurista incurren “en un platonismo jurisprudente” (pp. 217-8). O bien confunden las tareas de la filodoxia con las de la iusfilosofía. Y si alguien sostiene su utilidad, entonces, “la filosofía del derecho debería proscribirse” (p. 216); porque, añade, “es precisamente la inutilidad la que puede dar cuenta de la intención crítica de la filosofía”. En esta línea de razonamiento, el autor se manifiesta contra quienes sostienen que “es imposible imaginar un jurista que no sea al mismo tiempo filósofo” (p. 218), pues considera que, ese modo de razonar, “confunde operación ideológica con práctica filosófica” (p. 119) y puesto que, en la actualidad, no caben dudas acerca de que “la actividad jurídica presupone siempre una toma de postura ideológica y que, en sí misma, es ideología. El jurista es, un operador político en tanto que operador jurídico” (p. 219). Ahora bien, sentido lo anterior, el autor se reafirma en que el “jurista puede hacer filosofía, pero no hay juristas-filósofos” (p. 221). A estas alturas del relato, no puede sorprender que el autor se manifieste en la más pura tradición socrático-platónica y le asigne a la filosofía la tarea de “sacar a la superficie lo que estaba soterrado” (p. 225), y que, ante esa tarea, la filosofía tenga un origen trágico, en tanto que “el surgimiento de la filosofía del derecho podría imaginarse mediante la *situación del desobediente*” (p. 230).

Y es la «inutilidad» de la filosofía la que justifica la dimensión *crítica* de la misma: “Si hemos de dar algún crédito a eso que parece delinear los contornos de la filosofía del derecho (...) debemos partir de la consideración de la filosofía como conocimiento inútil, enfrentado a la concepción práctica y funcional que parece dirigir la actividad jurídica” (p. 223). Frente a la opinión de numerosos iusfilósofos que sostienen la validez de la crítica y la utilidad de enseñar esta materia en las facultades de Derecho, el profesor Bastida insiste en su inutilidad e incluso su disfuncionalidad en la

formación de los juristas. En este punto el autor se ve precisado a especificar su concepción de la «crítica» en sentido filosófico: “Si bien la crítica, considerada en su estructura lógica, se constituye como una operación que tiene que ver con la clasificación, en tanto incluye la discriminación, la distinción y la comparación [G. Bueno, 1995: 43] –y en este caso la crítica es parte de la labor ontológica-, no puede evitar que, en última instancia, la síntesis y la sistematización a que da lugar no se produzca en el vacío y, por tanto, en el desarrollo de su actividad, la crítica, siempre conduce a un enfrentamiento con el fenómeno que disecciona –y en este caso la crítica equivale a una labor axiológica-.” (p. 226). A lo que añade, de la mano de G. Bueno, que “una filosofía crítica no es una alternativa que se presente entre otras varias alternativas posibles (...), «sino que es una alternativa que se ofrece contra otras»” (p. 232).

Aquí hace aparición un nuevo elemento con relación a las tareas de la filosofía del derecho: «La realidad política». “La política se nos muestra [primero] como la tensión, el conflicto y la lucha (...). Desde esta perspectiva, la política y el derecho se presentan de manera dinámica al venir representados por una pugna de fuerzas. Por otro lado, la política también refleja la referencia a un orden cierto de convivencia bajo cuya forma se desarrolla el fluir de los actos en los que transcurre la vida de una comunidad (...). Antes de suscitarse la duda sobre los fundamentos o razones de obligar de las leyes existía ya una filosofía justificativa de la excelencia de las mismas, fundada en su origen divino-natural” (pp. 227-8). Es decir, para el autor, que se remite a los escritos de Homero, “la legalidad tenía un carácter inviolable e incuestionado conferido por su fundamento divino. Naturaleza, divinidades y ordenación humana constituyen un cosmos unitario sobre el que no cabe especulación crítica alguna” (p. 228). Aquí el autor apela a la distinción entre *nomos* y *physis* en el pensamiento clásico griego (Heráclito y Hesíodo) para imaginarse la aparición de la filosofía del derecho mediante “la *situación del desobediente*” (p. 230), que mostraría la génesis trágica de este modo de reflexionar: que ahora nos dice no es sólo saber secundario porque esté referido a saberes previos, sino también porque “el primer filósofo del derecho vivió como tal unos pocos *segundos*” (p. 231). En este punto no se precisa conocer muy a fondo la historia de la filosofía clásica para calibrar la imaginación y el sentido del humor que caracterizan al profesor Bastida. Al respecto se puede decir que *si non è vero è ben trovato*, porque la metáfora le sirve para reafirmar el problema fundamental de la filosofía del derecho: “que no es otro que el del cuestionamiento de la obediencia o, lo que es lo mismo -...-, el del cuestionamiento crítico de la obligatoriedad” (p.231).

Retomando el tema del «desinterés» de la filosofía el autor aclara que el mismo no es equivalente a «indiferencia». “Más bien todo lo contrario. Precisamente porque entendemos la filosofía en clara conexión con la praxis, la filosofía no puede confundir la negación ideal de una realidad con la negación de la existencia de esa realidad. La praxis necesita conocer las determinaciones de hecho que constituyen la realidad. Desinterés es, entonces, sinónimo de predisposición intelectual para mejorar e incluso revolucionar nuestro saber sobre las cosas (...). El desinterés por encontrar algo concreto en el derecho -...- es la causa de la ausencia de predeterminación funcional de la filosofía que venimos tratando. (...); el desinterés es la actitud que preside la inutilidad potencial de la filosofía del derecho (...). La función de ingeniería social que desarrolla el jurista no sólo no encuentra, sino que no puede encontrar utilidad alguna en el estudio filosófico, pues diferentes son las directrices que guían el quehacer de los juristas, que son por definición preservadores del orden -...- y el de los filósofos, que a su vez son reacios al mantenimiento de todo orden que se sustente simplemente por ostentar cualidad de tal” (p. 233).

“La crítica filosófica no puede constituir ni una ideología de reconciliación con el presente ni una condenación apocalíptica de lo existente [Bueno, 1995: 48]. De ahí que defendamos la necesidad de hacer una filosofía jurídica, si no *desagradable*, si, al

menos, reacia a la lisonja. De lo contrario estamos condenando a la filosofía del derecho a convertirse en una filosofía de la ley como depósito inagotable de la certeza teórica imprescindible para los juristas” (p. 234).

Pero, añade: «quien proclama su voluntad crítica habla en hueco si no manifiesta los ‘parámetros’ desde los cuales se dispone a ejercitar las operaciones críticas de clasificación» [Bueno, 1995:44]; como señala Gil Cremades, «toda crítica ha de partir de criterios» (1975:70)” (p.234). Bastida se propone hacerlos explícitos, aunque al inicio nos previene: “Vaya por delante que en lo sucesivo intentaremos una recuperación -...- de la dimensión axiológica que tradicionalmente ha incorporado la noción de derecho natural” (p. 235).

Pues, “[e]l iusnaturalismo incorporó en algunos períodos una cierta dimensión crítica -...- que debe ser reivindicada. Claro que esa faceta (...) se desplegó, paradójicamente, cuando el iusnaturalismo dejó de ser relevante como teoría fundamentadora del poder” (p.235); es decir, cuando axiología y ontología dejaron de ser una misma cosa. “Sólo cuando la doctrina ontológica del iusnaturalismo se convirtió en una doctrina, ahora sí, puramente axiológica -...- cobra el iusnaturalismo una dimensión crítica sobre el orden jurídico positivo. (...). Sólo si desligamos el núcleo meramente retórico y declamatorio que según E. Bloch (1980) caracteriza la concepción iusnaturalista tradicional y lo entendemos como anticipación y apuesta orientada a una configuración jurídico política de la sociedad a partir de fuerzas actuantes en ella, cobra en verdad sentido el potencial axiológico que incorpora el iusnaturalismo. Reivindicamos aquí una función del derecho natural que apunta a una actitud demandante que lleva en su seno la pretensión jurídica. (...). El derecho natural ha de consistir en la pretensión de positividad, en el movimiento de dirección hacia la positividad, y en la vigencia social, en cuanto preparatoria y anticipatoria de la vigencia jurídica” (pp. 238-9). Porque, “[n]i el hombre ni la sociedad se entienden en función de lo que han llegado a ser, sino, más bien, en relación con aquello en que la vida es proyecto, ambición y meta. Es lo que E. Bloch (1979) denomina impulso del «todavía no», una metafísica de lo utópico que mantiene que lo que define a un ente no es propiamente lo que es, sino lo que aún no es” (p.239).

De este modo sostiene que la “conexión entre filosofía del derecho y derecho natural viene dada por una esencial negatividad que se manifiesta en forma de insatisfacción y se concreta, en último término, como algo que impide afirmar definitivamente la inmediata facticidad de ese vivir en el modo que tiene ahora. La dimensión crítica del derecho natural viene definida por la negación de un contenido positivo que se plasma en una conciencia de insatisfacción que es experimentada como carencia” (p. 240). El autor precisa que lo que él sostiene no es “utopismo, ni fe ciega en un proyecto ideal” (p. 241); es decir aunque no explicita qué es el contenido utópico, sí se cura en salud respecto a la críticas gremiales que pueda recibir.

“El derecho natural no se delimita por sí mismo a la manera de arsenal intemporal de valores en la procura de positivación, sino que se define como aquello que en la positividad falta. (...). La expansividad propia del derecho natural tiene su raíz en el carácter contradictorio de toda realidad y sólo toma cuerpo cuando la contradicción se tiene por negación de un Estado que coarta las posibilidades reales de la sociedad” (p. 241-2). Por ello “en la negatividad del derecho natural se expresa la potencia de lo que aún no es y está a la espera de ser: un estado superador de las limitaciones propias de la vida presente” (p. 243). Y “[e]l presente, decía Leibniz, está preñado de porvenir. Este es el sentido utópico que el derecho natural, despojado de sus afeites metafísicos, debe incorporar a la filosofía del derecho” (p. 244). Para el profesor Bastida «utopía» no es “consolación idealista -...-, sino, muy al contrario, dinamita contra esa cárcel que es la renuncia. Las necesidades radicales -...- esto es, aquellas necesidades que no pueden ser satisfechas en la sociedad en que se plantean” (p. 244). Son las necesidades radica-

les de los humanos las que “concretan la realidad de la utopía al destacar las contradicciones propias de los modelos de sociedad regidos por relaciones de dominación. Ahí se encuentra la conexión entre el no-ser de la utopía y el ser social de la reivindicación material” (pp. 244-5).

Consecuentemente con tan alta misión: “El filósofo del derecho (...) no puede contentarse con explicaciones que redunden en un fetichismo de la norma” (p. 247), sino que ha de partir del derecho, pero ha de buscar “fuera” del mismo para responder a los interrogantes que el mismo le plantea.

Por todo ello concluye que, la “misión del filósofo es la de profanar el derecho (...) [porque, si] nos adentramos en el estudio del derecho desde una sede interna corremos el riesgo de ser atrapados por la *vis atractiva* de las normas cuando se convierten en dogmas” (p. 253).

Y para finalizar el autor reconoce que el iusfilósofo necesita el apoyo de la filosofía política si quiere desempeñar la tarea crítica pero, la forma de incorporar esa dimensión a la reflexión iusfilosófica, la contempla a través de la creación de una nueva asignatura que debería ser “una historia de la filosofía política del derecho como disciplina unitaria (...) [Porque]. El derecho es menos un objeto de conocimiento lógico que de conocimiento histórico. La función de la filosofía política, eminentemente propedéutica, es la de explicar genéticamente la filosofía y la filodoxía” (p. 260).

#### *A modo de conclusión*

A estas alturas, en que ya se han explicitado los elementos del análisis y la propuesta teórica del profesor Bastida, son obvios los muchos elementos y planteamientos que requieren comentario. No obstante no limitaremos a felicitar al autor por su trabajo, respecto al cual no puede decirse que pueda invadir al mismo la preocupación que embargaba a Cervantes después de haber terminado su gran obra, que ésta careciera de citas. También se le podrían formular algunas objeciones con relación a la naturaleza y tareas de la filosofía del derecho que él diseña y que abreviadamente expongo.

La primera cuestión que se me plantea surge de la perplejidad provocada por la afirmación que hace el autor proponiendo que la expresión *ubi societas ibi fides* puede sustituir a la tradicional *ubi societas ibi ius*. Al respecto sería conveniente saber si el autor considera que ambas expresiones hacen mención al mismo nivel discursivo y, por lo tanto, la propuesta por él puede sustituir a la tradicional, referida al origen del derecho.

La segunda cuestión tiene relación con la filosofía del derecho que se nos presenta como alternativa a las opciones que X. Bastida critica. Su propuesta es “bifronte”: por un lado, la reflexión filosófica sobre el derecho sería *filodoxia* con la tarea de hacer teoría del derecho, teoría de la norma y teoría del ordenamiento jurídico y, por otro, *filosofía* cuya tarea se centra en la construcción ontológica y en la reflexión axiológica. Considerada en sus dimensiones sustantivas, la propuesta no presenta demasiada novedad respecto a las sometidas a crítica por el autor; pero además si atendemos a las maneras de tratar el derecho, nos asaltan múltiples dudas acerca de la calificación de “filosófica” al hacer iusfilosófico que él llama “filodoxia”; y ello a tenor de las tareas técnicas que le asigna a la misma, así como por la propia concepción que el autor dice sostener respecto a qué sea la filosofía y a la posible relación entre las mismas. Ante esta concepción es inevitable la pregunta: ¿qué novedad presenta la alternativa del profesor Bastida a las iusfilosofías criticadas por incorrectas?

La tercera cuestión tiene que ver con lo que yo interpreto como debilidad constitutiva de su propuesta iusfilosófica en un doble sentido; por un lado, en cuanto afecta a la especificidad de su concepción filosófica que, aunque presentada con un lenguaje iconoclasta, acaba siendo otra propuesta más de filosofía sistemática no carente de

dimensión metafísica como alguna otra de las criticadas. Mas por otro lado, e inseparable de lo anterior, no se acaba de comprender el sentido de la iusfilosofía en la licenciatura de Derecho y esto a tenor a las funciones que le asigna a la específica reflexión ontológica y axiológica, absolutamente disfuncional al ejercicio de operador jurídico. En relación con su concepción de lo que sea la filosofía, sorprende además su afirmación taxativa acerca de que la vieja polémica entre G. Bueno y M. Sacristán<sup>12</sup> se haya resuelto. Disiento de esta afirmación y la prueba más evidente de esto, no sólo puede encontrarse en las concepciones filosóficas que todavía mantiene G. Bueno y que X. Bastida suscribe en el libro, sino contrastando lo expuesto por M. Sacristán en el opúsculo “Sobre el lugar de la filosofía en los estudios superiores” (1968) y que debe completarse con la lectura de las páginas que este autor dedicó a “De la idealidad en el Derecho” (1963). La lectura de estos dos escritos contrastada con la concepción de filosofía sostenida por X. Bastida permite colegir que el motivo de la polémica no sólo no se ha resuelto sino que, en tanto el profesor Bastida se apoya en el planteamiento filosófico de G. Bueno (cfr. por ejemplo las tareas que se le asignan a la *crítica* filosófica), tampoco se ha disuelto y muestra de lo que afirmo podría ser que la iusfilosofía que se hace en el marco de la cultura española que ha seguido la tradición a la que pertenecía Manolo Sacristán ni siquiera es tenida en cuenta por el autor del libro que comentamos. En línea con estos breves comentarios cabe preguntarse: ¿cómo justificar la presencia de la reflexión filosófica en la licenciatura de Derecho si, tal como se caracteriza en el libro, es disfuncional con las actividades que han de realizar los operadores jurídicos y si, además, respecto al derecho son lógicas y materialmente posibles otras ontologías, así como también pueden ser diversas las utopías y el alcance de las mismas?.

A Coruña, 18 de febrero de 2003

---

12 En relación con esta polémica conviene recordar que M. Sacristán escribió un folleto de 20 páginas aproximadamente al que respondió G. Bueno con un libro de 317 páginas [El papel de la filosofía en el conjunto del saber, 1970]. Dada la diferencia en la magnitud del tratamiento, me ha sorprendido que el profesor Bastida cite la aportación de M. Sacristán, 1968, p. 375. El error, no corregido en la bibliografía, se debe a que aquí se cita la reproducción del trabajo de Sacristán en la reproducción del mismo en la obra *Papeles de Filosofía. Panfletos y materiales II*. Edt. Icaria. Barcelona, 1984 (pp. 356-380).