

FILOSOFÍA  
DEL DERECHO

ARTHUR  
KAUFMANN

PROFESOR EMÉRITO DE LA UNIVERSIDAD DE MÜNCHEN

FILOSOFÍA  
DEL DERECHO



LUIS  
VILLAR BORDA (TRADUCCIÓN)

ANA MARÍA  
MONTAYA (TRADUCCIÓN)

FILOSOFIA E TEORIA  
GERAL DO DIREITO  
BIBLIOTECA

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

La filosofía del derecho es una disciplina que se ocupa de estudiar los fundamentos filosóficos del derecho. En este sentido, se puede decir que la filosofía del derecho es una disciplina que se ocupa de estudiar los fundamentos filosóficos del derecho. En este sentido, se puede decir que la filosofía del derecho es una disciplina que se ocupa de estudiar los fundamentos filosóficos del derecho.

La filosofía del derecho es una disciplina que se ocupa de estudiar los fundamentos filosóficos del derecho. En este sentido, se puede decir que la filosofía del derecho es una disciplina que se ocupa de estudiar los fundamentos filosóficos del derecho. En este sentido, se puede decir que la filosofía del derecho es una disciplina que se ocupa de estudiar los fundamentos filosóficos del derecho.

La filosofía del derecho es una disciplina que se ocupa de estudiar los fundamentos filosóficos del derecho. En este sentido, se puede decir que la filosofía del derecho es una disciplina que se ocupa de estudiar los fundamentos filosóficos del derecho. En este sentido, se puede decir que la filosofía del derecho es una disciplina que se ocupa de estudiar los fundamentos filosóficos del derecho.

La filosofía del derecho es una disciplina que se ocupa de estudiar los fundamentos filosóficos del derecho. En este sentido, se puede decir que la filosofía del derecho es una disciplina que se ocupa de estudiar los fundamentos filosóficos del derecho. En este sentido, se puede decir que la filosofía del derecho es una disciplina que se ocupa de estudiar los fundamentos filosóficos del derecho.

La filosofía del derecho es una disciplina que se ocupa de estudiar los fundamentos filosóficos del derecho. En este sentido, se puede decir que la filosofía del derecho es una disciplina que se ocupa de estudiar los fundamentos filosóficos del derecho. En este sentido, se puede decir que la filosofía del derecho es una disciplina que se ocupa de estudiar los fundamentos filosóficos del derecho.

La filosofía del derecho es una disciplina que se ocupa de estudiar los fundamentos filosóficos del derecho. En este sentido, se puede decir que la filosofía del derecho es una disciplina que se ocupa de estudiar los fundamentos filosóficos del derecho. En este sentido, se puede decir que la filosofía del derecho es una disciplina que se ocupa de estudiar los fundamentos filosóficos del derecho.

CAPÍTULO TERCERO

*Derecho natural y positivismo. Problema histórico de la filosofía del derecho*

El problema del derecho natural y el positivismo ha sido uno de los temas más importantes de la filosofía del derecho. Este problema se refiere a la relación entre el derecho y la moral, y a la posibilidad de derivar principios morales del derecho.

El derecho natural es una teoría que sostiene que el derecho tiene su origen en la naturaleza humana y que debe ser guiado por principios morales. Por el contrario, el positivismo sostiene que el derecho es simplemente un conjunto de reglas creadas por el Estado y que no tienen ninguna conexión con la moral.

Este problema ha sido debatido por muchos filósofos a lo largo de la historia. Algunos sostienen que el derecho debe ser guiado por principios morales, mientras que otros sostienen que el derecho es simplemente un conjunto de reglas creadas por el Estado.

El problema del derecho natural y el positivismo sigue siendo un tema importante de la filosofía del derecho hoy en día. Este problema se refiere a la relación entre el derecho y la moral, y a la posibilidad de derivar principios morales del derecho.

## I. LITERATURA

Alwart, H. *Recht und Handlung; Die Rechtsphilosophie in ihrer Entwicklung vom Naturrechtsdenken und vom Positivismus zu der analytischen Hermeneutik des Rechts*, 1987; Baratta, A. "Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus; Gedanken zu einer naturrechtlichen 'Apologie des Rechtspositivismus'", en *ARSP* 54 (1968), pp. 325 ss.; Beling, E. "Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück", en *AcP* 13 N. F.; Beyer, W. R. *Rechtsphilosophische Besinnung; Eine Warnung vor der ewigen Wiederkehr des Naturrechts*, 1947; Blühdorn, J./J. Ritter (Eds.). *Positivismus im 19. Jahrhundert*, 1971; de los mismos (Eds.), *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, 1969; Böckle, F./E. W. Böckenförde. *Naturrecht in der Kritik*, 1973; Covell, Ch. *The Defence of Natural Law*, 1992; Dreier, R. (Ed.). "Rechts-positivismus und Wertbezug des Rechts"; en *ARSP*-Beiheft 37, 1990; del mismo, "Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?", en *RTh* 18 (1978), pp. 368 ss.; Emge, C. A. *Geschichte der Rechtsphilosophie*, 1931 (reimpr. 1967); Fikentscher, W. *Methoden der Rechts in vergleichender Darstellung*, Vol. 1: *Frühe und religiöse Rechte; Romanischer Rechtskreis*, 1975; Vol. 2: *Anglo-amerikanischer Rechtskreis*, 1975; Vol. 3: *Mitteleuropäischer Rechtskreis*, 1976; Flückiger, F. *Geschichte des Naturrechts*, Vol. 1: *Altertum und Frühmittelalter*, 1954; Friedrich, C. J. *Die philosophie des Rechts in historischer Perspektive*, 1955; George, R. P. *Natural Law Theory*, 1992; Heimbach-Steins, M. (Ed.). *Naturrecht im ethischen Diskurs*, 1990; Henrich, D./R. P. Horstmann (Eds.). *Hegels philosophie des Rechts*, 1982; Hervada, J. *Natural Right and Natural Law*, 1987; Hoerster, N. *Verteidigung des Rechtspositivismus*, 1989; Höffe, O. *Kategorische Rechtsprinzipien*, 1990; del mismo, *Naturrecht ohne naturalistischen Fehlschluss*, 1980; Hösle, V. *Die Rechtsphilosophie des Deutschen Idealismus*, 1989; Kaufmann, A. *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, 1957; del mismo, *Theorie der Gerechtigkeit; Problemgeschichtliche Betrachtungen*, 1984; del mismo, "Die Entwicklung der Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert", en L. E. Kotsiris (Ed.). *Law at the Turn of the 20<sup>th</sup> Century*, 1994, pp. 25 ss.; Kaufmann, A./W. Hassemer (Eds.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6<sup>a</sup> ed., 194 (allí pp. 30 ss.: A. Kaufmann. "Problemgeschichte der Rechtsphilosophie"; pp. 179 ss.: Ellscheid, G. "Das Naturrechtsproblem; Eine systematische Orientierung"); Klenner, H. *Vom Recht der Natur zur Natur des Rechts*, 1984; del mismo, *Deutsche Rechtsphilosophie im 19. Jahrhundert*, 1991; del mismo (Ed.), Immanuel Kant. *Rechtslehre, Schriften zur Rechtsphilosophie*, 1988; del mismo (Ed.), *Rechtsphilosophie bei Rotteck/Welcker*; Texte aus dem Staatslexikon, 1834-1847, 1994; Klippel, D. (Ed.). *Naturrecht und Rechtsphilosophie im 19. Jahrhundert; Kontinuität-Inhalt-Funktion-Wirkung*, 1997; Krawietz, W. "Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?", en *RTh* 18 (1987), pp. 209 ss.; Kube, V. "Naturrecht als objektiver Rechtsgeist", en *RTh* 21 (1990), pp. 21 ss.; Lampe, E. J. *Grezen des Rechtspositivismus*, 1988; Larenz, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6<sup>a</sup> ed., 1991 (pp. 9 a 185: Historisch-Kritischer Teil); Llompert, J. *Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien*, 1976; MacCormick, N./O. Weinberger. *Grundlagen des institutionalistischen Rechtspositivismus* (del inglés), 1985; Maihofer, W. (Ed.). *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* 3<sup>a</sup> ed., 1881; del mismo, *Naturrecht als Existenzrecht*, 1963; Marcic, R. *Geschichte der Rechtsphilosophie*, 1971; Marcic, R./I. Tammelo. *Naturrecht und Gerechtigkeit; Eine Einführung in die Grundprobleme*, 1989; Marino, G. *Positivismismo e Giurisprudenza*, 1986; Messner, J. *Das Naturrecht*, 7<sup>a</sup> ed., 1984; Neumann, U. "Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945", en Simon, D. (Ed.). *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik; Studien zur Wissenschafts-geschichte der Jurisprudenz*, 1994, pp. 135 ss.; del mismo, *Naturrecht und Politik zwischen 1900 und 1945*; "Naturrecht, Rechtspositivismus und Politik bei Gustav Radbruch", en Karl Graf. Bellestrem (Ed.). *Naturrecht und Politik*;

Philosophische Schriften, Vol. 8, 1993, pp. 71 ss.; Ott, W. *Der Rechtspositivismus*, 2ª ed., 1992; Pavcnik, M. "Abuse of a Right; A Contribution to Understanding a Right and in Nature", en R. Martin/G. Sprenger (Eds.). *Rights, ARSP-Beiheft* 67, 1997, pp. 64 ss. (Vol. I); Pöggeler, O. "Vom Naturrecht zum Positivismus", en *JA* 1997, pp. 339 ss.; Rommen, H. *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 2ª ed., 1947; Sancho Izquierdo, M./J. Hervada. *Compendio de Derecho Natural*, Parte general, 2 Vols., 1980, 1981; Schneider, H. P. *Justitia universalis: Quellenstudien zur Geschichte des christlichen Naturrechts bei Gottfried Wilhelm Leibniz*, 1967; Strauss, L. *Naturrecht und Geschichte* (del inglés), 1956; Strömholm, S. *Kurze Geschichte der abendländischen Rechtsphilosophie* (del inglés), 1992; Utz, A. F. "Die Grundpositionen der Naturrechtstheorien; Die Erwartungen, die an eine Naturrechtslehre gestellt werden müssen", en *ARSP* 83 (1997), pp. 307 ss.; Verdross, A. *Abendländische Rechtsphilosophie; Ihre Grundlangen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau*, 2ª ed., 1963; Villey, M. *Cours d'histoire de la Philosophie du Droit*, 1962; del mismo, *Leçons d'histoire de la philosophie du Droit*, 2ª ed., 1962; Welzel, H. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed., 1962 (reimpr. 1980); Wesel, U. *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften*, 1985; del mismo, *Geschichte des Rechts; Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht*, 1997; Wieacker, F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., reimpr. (de la 2ª ed., de 1967), 1996; Wolf, E. *Griechisches Rechtsdenken*, 4 Vols. (Vols. 3 y 4 en dos tomos), pp. 1950 ss.; del mismo, *Das Problem der Naturrechtslehre*, 3ª ed., 1964; del mismo, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4ª ed., 1963; Zippelius, R. *Geschichte der Staatsideen*, 6ª ed., 1989. Ver también literatura del capítulo IV.

## II. ¿POR QUÉ DISCUTIR PROBLEMAS HISTÓRICOS?

Es posible que algunos lectores se planteen esa pregunta. Manifiestamente no se trata para nosotros, en el marco de este libro, de un interés histórico sino de la comprensión de la actual filosofía del derecho. ¿Por qué, en suma, debemos ocuparnos de los "antiguos griegos", de los "antiguos romanos", de los iusnaturalistas racionalistas, de Kant, Hegel, etc.? Para esto hay respuestas.

Ya en el primer capítulo se dijo que la filosofía del derecho, al igual que otras ciencias, tiene que apoyarse en la *experiencia*; también ella tiene, para decirlo de algún modo, que operar "experimentalmente", como lo expresa Reinhold Zippelius<sup>1</sup>, también en ella tienen que estudiarse y discutirse los problemas en el "caso". Pero, reiteramos, el caso de la filosofía del derecho es su entrada en la historia.

<sup>1</sup> R. Zippelius. "Die experimentierende Methode im Recht", en *Abhandlungen der Geistes- und Sozialwissenschaftlichen Klasse*, Akademie der Wissenschaften und der Literatur Mainz, año 1991. Ver además K. Lüderssen. *Erfahrung als Rechtsquelle*, 1972; G. Winkler. *Rechtswissenschaft und Rechtserfahrung*, 1994.

A eso hay que añadir además algo que ya fue indicado en la introducción (III). Mientras las obras de dogmática jurídica, que se ocupan del derecho válido, suelen envejecer en corto tiempo (pues el derecho cambia continuamente) la literatura filosófica permanece actual durante siglos, y aun milenios. En la filosofía se trata, como se recuerda, de problemas de principio: ¿qué es "en substancia" derecho?; ¿por qué tenemos "en general" que sancionar? Entonces no es que estos problemas pudieran inscribirse más allá de toda historia ni tampoco, en absoluto, las respuestas a ellos. Pero cuando menos hay interrogantes que surgen en toda las épocas y en todas las culturas jurídicas, así ellos puedan ser respondidos de varias formas. El más importante de esos interrogantes es si el hombre puede disponer libremente sobre el derecho o si en la creación del derecho se le imponen límites. Hemos usado de antiguo para la primera concepción el calificativo de "positivismo jurídico"; para la segunda, el de "derecho natural". Sin embargo, esas corrientes han recibido nombres muy distintos en las diferentes épocas (de "positivismo" se habló por primera vez en la edad moderna).

Esto lleva a una tercera reflexión. *La filosofía del derecho comparativa* se esfuerza en descubrir principios jurídicos universales que hayan valido en todo los pueblos y épocas y que aún hoy valgan. Durante mucho tiempo se vio esa "universalidad" en el derecho natural. Luego de superado el tiempo del derecho natural, se intentó buscar fundamentos generales del derecho, *general principles of law*, para lo cual actualmente se difunden iniciativas semejantes, sobre todo en la esfera angloamericana<sup>2</sup>. Si alguna vez se logra elaborar una tal filosofía del derecho, comparativa y englobadora, se habrá coronado un buen trecho de la *historia universal del derecho*, con la cual ya han soñado algunos hombres de ciencia, como Paul Johann Anselm v. Feuerbach, quien inició y trabajó intensa y efectivamente en una obra de esta clase, pero que dejó incompleta<sup>3</sup>. Hoy nos encontramos todavía muy lejos de una historia comparativa del derecho.

<sup>2</sup> La discusión sobre "reglas jurídicas" y "principios jurídicos" está actualmente muy de moda. Sobre ella se dirá algo más en los capítulos IV y V, y se dará literatura.  
<sup>3</sup> Sobre eso G. Radbruch. *Paul Johann Anselm von Feuerbach. Ein Juristenleben*, 3ª ed., 1969, pp. 190 y ss. = GRGA, T. 6, *Feuerbach*, 1997. También importante E. Gans. *Naturrecht un Universalrechtsgeschichte*, editado por M. Riedel, 1981. Sobre el tema

### III. COMPENDIO HISTÓRICO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO OCCIDENTAL

#### 1. Del mito al logos

En la época arcaica precientífica (antes del siglo VII a. C.) no se preguntó el hombre acerca de las legalidades del acontecer. En consecuencia, se sentía desamparado, a merced de todos los acontecimientos. Su manera de ser estaba determinada por el sometimiento a los poderes oscuros, la ἀμηχανία, y una imagen del mundo enteramente mitológica. La ciencia comenzó con el momento en que se descubrieron legalidades en los sucesos del mundo, ella se inicia con el paso del mito al logos. Y si hay leyes de la naturaleza física, ¿no debe haber también de la naturaleza metafísica? ¿No deberán determinarse también las costumbres y el derecho mediante la "naturaleza"? Es la pregunta acerca de una "indisponibilidad" en el derecho, que hasta el día de hoy se encuentra en el centro de todos los problemas iusfilosóficos. Por largo tiempo se creyó que ese indisponible podía encontrarse en la naturaleza, aun cuando lo que se ha entendido como "naturaleza" (se le da también a menudo otros nombres: logos, idea, esencia...) ha sido muy distinto según la época y el lugar<sup>4</sup>.

#### 2. La filosofía del derecho de la antigüedad

Lo anterior explica que a través de muchos siglos la historia de la filosofía del derecho fuera en general idéntica con la historia de la *doctrina del derecho*

ver igualmente A. Kaufmann, "Filosofía del derecho comparada; como ejemplo la cultura jurídica clásica china y la clásica occidental", en *Festschrift für Werner Lorenz*, 1991, pp. 635 y ss.; también, del mismo, *Über Gerechtigkeit*, 1993, pp. 435 y ss.

<sup>4</sup> Más detallado sobre esto, A. Kaufmann, "Kann die Natur Norm menschlichen Verhaltens sein?; Zum Naturbegriff in Recht und Philosophie, en W. Böhme (Ed.), *Was ist das: die Natur?; Über einen schwierigen Begriff* (Herrenalber Texte 77), 1987, pp. 33 y ss.; también, del mismo, en *Über Gerechtigkeit* (nota 3), pp. 209 y ss. ("Die 'Natur' in rechtswissenschaftlichen und rechtsphilosophischen Argumentationen").  
Interesante desde otro punto de vista F. Böckle. *Der umstrittene Naturbegriff; Person, Natur, Sexualität in der kirchlichen Morallehre*, 1987.

*natural*. Desde los presocráticos se buscó lo "correcto", lo "justo" en la "naturaleza", en lo cual ciertamente, ya se anotó, se sostuvieron las más diferentes ideas sobre lo que es esa "naturaleza" orientadora y determinante. Hasta Kant (y aún más allá) es entendida sobre todo la "naturaleza" ontológico-substancialmente (con muchas diferencias en particular); sin embargo, ya en Plotino se encuentra un concepto procesal de naturaleza, que más tarde repite Schelling.

Entre los presocráticos fue Heráclito (aproximadamente 500 a. C.), quien contrapuso a la imagen estática, objetivista del mundo de la primera doctrina occidental del derecho (por ejemplo, en Anaximandro, alrededor del 600 a. C.), una imagen dinámica y reconoció el poder dominante de la razón universal, del logos, en todo acontecer: "Todas las leyes humanas se nutren del Uno divino" (Fr. 114, según Diels/Kranz). Por primera vez se diferencia aquí la justicia del precepto humano (δίκηαιον νόμου) de la justicia natural (δίκηαιον φύσει), el derecho positivo del derecho natural, aun cuando esencialmente se concibe todavía como una unidad<sup>5</sup>.

Los *sofistas*, que aparecen más o menos un siglo más tarde, enseñaron que no sólo, como en Heráclito, "todo fluye" sino, aún más, que todo también es relativo. No es el logos sino el hombre la medida de todas las cosas y por cierto el hombre en su naturaleza empírica, no como persona moral (Protágoras, alrededor del 485-415 a. C.).

En oposición a esto Aristóteles (384-322 a. C.), en quien alcanzó su punto más alto la *filosofía ática*, funda el concepto de naturaleza de lo ético, mediante lo cual se convirtió en el verdadero fundador de una doctrina idealista del derecho natural (o mejor, moralista). Mientras antes que él Sócrates (469-399 a. C.) creyó encontrar la ley natural en el pecho del hombre, y Platón (427-347 a. C.) en las ideas como lo verdaderamente existente, vio Aristóteles la naturaleza como lo inherente a lo objetivamente dado. Lo conforme a la naturaleza es, según él, la mejor condición de un ente<sup>6</sup>.

Por primera vez Aristóteles comprendió la tradicional diferenciación entre justicia natural y legislada, en que ambas también pueden divergir

<sup>5</sup> Ver también P. D. Moser. *Heraklits Kampf ums Recht: Ein antiker Beitrag zur Rechtsphilosophie*, 1993.

<sup>6</sup> Aristóteles. *Política*, 1254 a.

efectivamente, con lo cual reconoció la posibilidad de "injusticia legal"<sup>7</sup>. En el V Libro de la *Ética a Nicómaco* desarrolla Aristóteles su doctrina de la justicia, que aún hoy es básica. Núcleo de la justicia es la igualdad, pero no se trata de la justicia formal o numérica, sino proporcional o geométrica, es decir, en concordancia (analogía), en donde el principio de medida para la relación es la "dignidad"<sup>8</sup>. De Aristóteles proviene también la clasificación de la justicia en conmutativa (*iustitia commutativa*) y distributiva (*iustitia distributiva*)<sup>9</sup>.

En los aproximadamente 500 años que siguieron a Aristóteles, la *Stoa* (así llamada por la sala de las columnas *Stoa Poikile* en Atenas) fue la tendencia filosófica dominante (del siglo IV a. C. al siglo II de nuestra era). Ella tendió los puentes no sólo de la filosofía de Atenas a la de Roma sino también de la doctrina del derecho natural antigua a la de la Edad Media. El derecho natural rigió no solamente para los ciudadanos libres de las ciudades-estado sino para *todos los hombres* del mundo hasta entonces conocido, ciudadanos o extranjeros, libres o esclavos. A cada quien ha de darse lo suyo, tiene que corresponderle su derecho. En Cicerón (106-43 a. C.) se encuentra esa exigencia, en sí no nueva (someramente ya en Anaximandro), como encendida consigna: *ius suum cuique tribuere*<sup>10</sup>. Todavía un par de nombres notables entre el gran número de los que se denominaron estoicos: Zenón (su fundador en el siglo IV a. C.), Crisipo (siglo III a. C.), Epicuro (341-271 a. C.), Séneca (1-65), Epicteto (50-138), Marco Aurelio (121-180; emperador desde el 161). Plotino (203-269) con su concepción procesal-subjetivista de la naturaleza no pertenece a la *Stoa*. Su propia escuela no se pudo imponer. Sólo ahora se renueva un cierto interés en Plotino. El medioevo no se enlaza en todo caso con Plotino sino principalmente con la filosofía ática (Sócrates, Platón, Aristóteles) y con la *Stoa*<sup>11</sup>.

7 Básicamente A. Kaufmann. *Analogie und "Natur der Sache": Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2ª ed., 1982.

8 Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, 1131 a.

9 *Ibid.*, 1130 y ss. Sobre esto M. Salomon. *Der Begriff der Gerechtigkeit bei Aristóteles*, 1937.

10 Cicerón. *De republica* III, 22 (33).

11 Augustinus. *De Civitate Dei* IV, c. 4; Tomás de Aquino. *Summa Theologica* I, II, 95, 2.

### 3. La filosofía del derecho medieval

La filosofía del derecho medieval, marcada por el cristianismo, se caracteriza sobre todo porque busca conciliar la nueva doctrina cristiana con el legado de la antigua filosofía (principalmente Platón y Aristóteles). Así se reemplaza la división en derecho natural y legal (positivo), por la tridivisión en derecho divino (eterno), natural y humano (positivo, temporal). En el apóstol Pablo esto todavía no es claro, pero luego sí, ponderadamente, en Agustín (354-430) y sobre todo en Tomás de Aquino (1225-1274).

Agustín interpreta voluntarísticamente el derecho divino y natural (Platón); Santo Tomás, por el contrario, intelectualísticamente (Aristóteles). Ambos coinciden en que una norma humana que se encuentre en contradicción con el derecho natural o directamente con el divino no posee ninguna validez al ser considerada *lex corrupta*.

El fin de la escolástica, que llegó a su punto más alto con Tomás de Aquino, comenzó con Wilhelm von Ockham (en torno a 1300-1359), después ciertamente de que Johannes Duns Scotus (1255-1308) había ejercido aguda crítica a la filosofía tomista. Según el *nominalismo* sostenido por él, sólo existe lo particular, lo especial, no lo general ("el problema de los universales" movió entonces intensamente los espíritus y todavía hoy los mueve: ¿es lo universal "el derecho" —ya *ante rem* preexistente a lo especial, a la norma legal particular, o es sólo *post rem* conformado por el entendimiento como un simple "nombre" para una multiplicidad de lo particular—, "derecho" como una designación colectiva de las leyes preexistentes?)<sup>12</sup>. Desde el punto de vista del nominalismo no puede darse un derecho natural universal existente en la realidad; lo que éste contiene en normas universales no es dado precedentemente ("indisponible"), sino una generalización realizada por la ciencia, por la filosofía del derecho. El derecho

12 Más detalladamente sobre el problema de los universales (para el cual también puede haber una solución intermedia: *universalia in rebus*) A. Kaufmann. *Recht und Sittlichkeit*, 1964, pp. 34 y ss.; del mismo, *Analogie* (nota 7), pp. 55 y ss. Básicamente W. Stegmüller. "Das Universalienproblem einst und jetzt", en *Archiv für Philosophie*, 1956, pp. 192 y ss., 1957, pp. 45 y ss.; del mismo, *Das Universalienproblem*, 1978.

natural es un "producto de la teoría"<sup>13</sup>. Esta idea ha determinado persistentemente la concepción del derecho de los *reformadores*, en especial de Lutero (1483-1546). Según Lutero no hay ningún puente jurídico entre la *lex aeterna* y la *lex humana*; se da sólo la ayuda de Dios mediante su gracia misericordiosa. El *lumen naturale* se ha extinguido.

#### 4. La filosofía del derecho de la modernidad

Después de todo, el derecho natural de la época moderna sólo pudo ser un derecho natural secularizado, basado en la máxima de que un derecho también tiene que valer bajo el supuesto de que Dios no exista: *etiamsi daremus non esse Deum* (Hugo Grocio, 1583-1645)<sup>14</sup>. Al mismo tiempo se tiene un derecho natural iluminista, que siguiendo el modelo de René Descartes (1596-1650) y Francis Bacon (1561-1626), pero también de los empiristas John Locke (1632-1704) y David Hume (1711-1776), se limita a lo experimentable y es construido *more* geométrico. Pero a la vez se mantiene en las mismas ideas que caracterizan todo el derecho natural "clásico": *el derecho natural es absoluto, universal y suprahistórico*, esto quiere decir que vale sobre el derecho positivo legislado por el hombre, vale para todos los hombres, y para todos los tiempos.

Metodológicamente se va tan adelante en la estimación del "derecho correcto" que se pregunta por la "naturaleza" (empírica, no metafísica, moral) del hombre para luego de aquí deducir como conclusión lógica los derechos "naturales" y obligaciones de los hombres<sup>15</sup>. Un gran papel cum-

<sup>13</sup> K. Engisch. *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2ª ed., 1968, p. 231.

<sup>14</sup> H. Grocio. *De iure belli ac pacis libri tres*, Prolegomena II.

<sup>15</sup> H. Hofmann. "Zur Lehre vom Naturzustand in der Rechtsphilosophie der Aufklärung", en *RTh* 13 (1982), pp. 226 y ss.; Regina Harzer. *Der Naturzustand als Denkfigur moderner praktischer Vernunft: Zugleich ein Beitrag zur Staats- und Rechtsphilosophie von Hobbes und Kant*, 1994. El *Leviathan*, la obra capital de Thomas Hobbes, ha sido nuevamente editada por Hermann Klenner (Philosophische Bibliothek, T. 491), 1996; Hobbes. *Naturrecht und allgemeines Staatsrecht in den Anfangsgründen*, últimamente editado por A. Kaufmann, 1976. Ver también H. J. Böhme. *Politische Rechte des einzelnen in der Naturrechtslehre des 18. Jahrhunderts und in der Staatstheorie des Frühkonstitutionalismus*, 1993.

ple en esto la *Teoría del contrato social* (sobre todo Jean-Jacques Rousseau, 1712-1778) en el sentido de un estadio primitivo ficticio, en el cual los individuos en libre convenio fijan sus recíprocos derechos y obligaciones (en la moderna filosofía del derecho, estas ideas han experimentado un nuevo impulso, sobre todo en John Rawls). Se cree poder fundamentar de esa manera un orden jurídico que se apoye en el consenso (sobre esto en el capítulo XVIII, I, 7 se comentará más detalladamente) y que tiene, con la invariable razón de los hombres, carácter universal, esto es, como atrás se destacaba, que tiene que ser válido para todo los hombres y en todos los tiempos. No puede sorprender que casi todos los intentos de fundamentar un derecho natural semejante se hayan detenido en el realce de unos pocos, muy abstractos principios fundamentales del derecho, por ejemplo, el mandamiento de no ocasionar daños a nadie (la regla de oro "negativa"), mantener los contratos, respetar la propiedad, tratar a los demás como iguales en derechos (esto es el *suum cuique*), ayudar a los necesitados (la regla de oro "positiva"), etc. Pero en esto divergen notoriamente las ideas sobre la "naturaleza" del hombre: en Thomas Hobbes (1588-1679) difiere de la anterior de Hugo Grocio; también es distinta en Baruch Spinoza (1632-1677) y Samuel Pufendorf (1632-1694), en Christian Thomasius (1655-1728)... Tan pronto es visto el hombre como un ser sociable, tan pronto como insociable, y poco después aparece en su "insociable socialidad". Diferentes son también las influencias que han operado sobre el derecho natural secularizado<sup>16</sup>, por ejemplo el eudemonismo social y el utilitarismo de Jeremy Bentham (1748-1832) y John Stuart Mill (1806-1873), la monadología de Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716) o el perfeccionismo ético de Christian Wolff (1679-1745). Su mayor significado práctico se ha alcanzado en la forma de los grandes códigos "iusnaturalistas", entre otros: *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756), *Derecho interno general prusiano* (1794), *Code Civil* (1804), *Código Civil General de Austria* (1811).

<sup>16</sup> Ver B. Winiger. *Das rationale Pflichtenrecht Christian Wolffs*, 1992. De la nueva literatura: B. Geyer/H. Goerlich (Eds.). *Samuel Pufendorf und seine Wirkungen bis auf die heutige Zeit*, 1997 (con contribuciones de H. Klenner, W. Maihofer, G. Sprenger, D. Wyduckel, entre otros); P. Landau. *Stufen der Gerechtigkeit; Zur Rechtsphilosophie von Gottfried Wilhelm Leibniz und Karl Christian Friedrich Krause*, 1996. Además, H. Rüping. "Carpzov und Thomasius", en *ZStW* 109 (1997), pp. 380 y ss.

## 5. La filosofía del derecho del siglo XIX

a) Posteriormente, con esas codificaciones concebidas como concluyentes (idea de sistema) el racionalismo exageró demasiado. Más y más creció el interés por lo histórico y lo irracional. El gran representante de la *escuela histórica de derecho*, Friedrich Carl v. Savigny (1779-1861), declara el derecho natural “una infinita arrogancia de los filósofos”; el derecho no sería ningún producto de la razón, sino creado “mediante las fuerzas silenciosamente actuantes del espíritu del pueblo”<sup>17</sup>.

b) La escuela histórica de derecho se mostró demasiado eficiente; ella, en efecto, desplazó al derecho natural en el siglo XIX. Sin embargo, fue rebatida científicamente por el criticismo a través de Immanuel Kant (1724-1804) quien sostuvo en su obra tardía *Metafísica de las Costumbres* un punto de vista racionalista, en absoluto crítico, sobre aspectos esenciales; pero en sus *Críticas*, sobre todo en la *Crítica de la Razón Pura*, forjó las más afiladas armas contra el derecho racional.

Lo esencial en la crítica del conocimiento de Kant es que sólo concede al entendimiento la capacidad de pensar el objeto de la percepción sensible, es decir, no le atribuye ninguna facultad de conocimiento creador, sino sólo la espontaneidad de conocimientos. Los objetos del pensamiento no provienen del entendimiento sino de la percepción, y ellos valen por eso sólo *a posteriori* (no absolutamente y no sin riesgo de un error). *A priori* nos son dadas sólo las *formas* de la intuición y las *formas* del pensamiento<sup>18</sup>. Esto

17 F. C. v. Savigny. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), ahora en Thibaut / Savigny. *Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, 1959, pp. 72 y ss. Sobre esto H. Klenner. *Deutsche Rechtsphilosophie im 19. Jahrhundert*, 1991, pp. 92 y ss.; lo mismo que, recientemente, D. Nörr. *Savignys philosophische Lehrjahre: ein Versuch*, 1994.

18 I. Kant. *Kritik der reinen Vernunft*, sobre todo el aparte “Lógica Trascendental”, pp. 50 ss.; ver además G. W. Küsters. *Kants Rechtsphilosophie*, 1988; H. Klenner (Ed.). *Immanuel Kant; Rechtslehre, Schriften zur Rechtsphilosophie*, 1988; A. Kaufmann. *Rechtsphilosophie im Wandel*, 2ª ed., 1984, pp. 81 y ss. (“Kant und das Problem der Metaphysik”); G. Römpf. “Exeundum esse e statu naturali; Kants Begriff des Naturrechts und das Verhältnis von privatem und öffentlichem Recht”, en *ARSP* 74 (1988), pp. 641 y ss.; K. Kühl. *Naturrecht und positives Recht in Kants Rechtsphilosophie*, en R.

significa para el derecho natural, como lo formuló el neokantiano Rudolf Stammler, que no es posible ninguna proposición jurídica que en la particularidad de su contenido se asegure como absolutamente correcta<sup>19</sup>. La filosofía de Kant significa, pues, nada menos que el final de un derecho natural objetivo, ontológico-substancial, estático, universalmente válido. Cuando mucho podrá darse en adelante un “derecho natural de contenido variable”<sup>20</sup>, un derecho natural procesal, dinámico, histórico<sup>21</sup>. Pero para eso no tiene Kant en su filosofía ningún sitio.

c) Lo que le ha faltado a la filosofía de Kant es la investigación de lo empírico y con esto se ha descuidado sobre todo un momento que debería ser de decisiva significación para los siglos XIX y XX: el momento de la *historicidad* del hombre, y con éste también el del derecho. El primero que ha abarcado el problema histórico-filosófico del derecho natural en toda su trascendencia es George Friedrich Wilhelm Hegel (1770-1831)<sup>22</sup>. El idealismo alemán conoció su punto más alto con él. Conforme a sus principios histórico-idealistas, todo lo espiritual se realiza según un permanente paso progresivo de tesis, antítesis y síntesis, en suma: conforme a la famosa *dialéctica* hegeliana. Lo esencial es que ese desarrollo dialéctico no es el oscuro reino de un espíritu del pueblo, sino que se efectúa lógico-necesariamente de acuerdo con la ley de la razón. También la historia es un desarrollo de la razón; la historia mundial “ha sucedido razonablemente”, escribió él. Y mientras la escuela histórica ve en el pueblo el valor último, en Hegel se coloca en su lugar algo completamente racional: el Estado. Este es para él el

Dreier (Ed.). “Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts”, en *ARSP* 37 (1990), pp. 75 y ss.; H. G. Deggau. *Die Aporien der Rechtslehre Kants*, 1983; L. Villar Borda. *La Paz en la Doctrina del Derecho de Kant*, 1996; R. Dreier. “Der moralische Standpunkt bei Kant und Hegel”, en B. Ziemke y otros (Eds.). *Staatsphilosophie und Rechtspolitik; Festschrift für Martin Kriele*, 1997, pp. 811 y ss.; W. Naucke. *Kants Kritik der empirischen Rechtslehre*, 1997.

19 R. Stammler. *Die Lehre von dem richtigen Recht*, 2ª ed., 1926, p. 94.

20 R. Stammler. *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 1896, p. 185.

21 Compárese A. Kaufmann. *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, 1957.

22 G. F. W. Hegel. *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*, Einleitung. Ver sobre esto H. Klenner. *Rechtsphilosophie* (nota 17), pp. 141 ss.

concepto más elevado, la realidad más perfecta, o sea la "realidad de la idea moral" y con ello también el más alto valor jurídico<sup>23</sup>. La filosofía de Hegel es filosofía de identidad. Como sólo hay un Estado, también hay únicamente un derecho, no un derecho natural además del positivo<sup>24</sup>.

d) Hegel ha visto en la idea lo primordial, y por ende ha desatendido la realidad. Por eso no se hizo esperar la reacción, la *concepción materialista de la historia* de Karl Marx (1818-1883) y Friedrich Engels (1820-1895). Marx

23 G. F. W. Hegel. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 185. Sobre otro interesante tema de Hegel ver P. Landau. *Das Unrecht als Stufe des Abstrakten Rechts in Hegels Rechtsphilosophie*; así como "Verhältnis Hegels zu Kants 'Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre'" en L. Philipps/H. Scholler (Eds.). *Jenseits des Funktionalismus*; A. Kaufmann en su 65 aniversario, 1989, pp. 143 y ss. De la nueva literatura además: H. Ch. Lucas/O. Pöggeler (Eds.). *Hegels Rechtsphilosophie im Zusammenhang der europäischen Verfassungsgeschichte*, 1986; C. Jermann (Ed.). *Anspruch und Leistung von Hegels Rechtsphilosophie*, 1987; R. Hohmann. *Personalität und strafrechtliche Zurechnung; Die Konstitution des Strafrechtlichen Handlungsbegriffs auf der Grundlage der Hegelschen Rechtsphilosophie*, 1993; J. Kim. *Der Begriff der Freiheit bei Hegel* 1996; W. Schild. "Die Legitimation des Grundgesetzes als der Verfassung Deutschlands in der Perspektive Hegels", en W. Brugger (Ed.). *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie (IStudRuG, T. 4)*, 1996, pp. 65 y ss.; del mismo, "Der rechte Hegel", en *Ein Rechtshegelianer? Bemerkungen zur Hegelschen Rechtsphilosophie*, en St. Smid/N. Fehl (Eds.). *Recht und Pluralismus*; Hans-Martin Pawlowski zum 65. Geburtstag 1996, pp. 179 y ss.; L. Lasaga. *Hegels Handlungstheorie an der Peripherie des Staates; Hegels Rechtsphilosophie und das Programm einer Volksbewegung in Santo Domingo*, 1996.

24 Sería atractivo también aquí rastrear la filosofía del derecho de F. W. J. Schelling. Quizás recuerde el lector la anterior observación sobre el reencuentro del concepto procesal de naturaleza de Plotino en Schelling. Tenemos que limitarnos a tres referencias literarias: A. Hollerbach. *Der Rechtsgedanke bei Schelling*, 1957; H. Klenner. *Rechtsphilosophie* (nota 17), pp. 70 y ss.; H. M. Pawlowski/St. Smid/R. Specht (Eds.). *Die Praktische Philosophie Schellings und die gegenwärtige Rechtsphilosophie*, 1989. También debería honrarse a J. G. Fichte, en especial *Die Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre* de 1796; *Die Prinzipien der Gottes- Sitten- und Rechtslehre* de 1805 y la *Rechtslehre* de 1812. Ver recientemente J. Braun. *Freiheit-Gleichheit-Eigentum; Grundfragen des Rechts im Lichte der Philosophie J. G. Fichtes*, 1991. M. Kalo/E. A. Wolff/R. Zaczyc (Eds.). *Fichte Lehre vom Rechtsverhältnis; Die Deduktion der §§ 1-4 der Grundlage des Naturrechts und ihre Stellung in der Rechtsphilosophie*, 1992.

encuentra que Hegel ha puesto de cabeza la forma de operar, y por eso su dialéctica tiene que ser "invertida": no depende el ser de la conciencia (de la idea) sino al revés: la conciencia depende del ser, más exactamente, de las relaciones de producción efectivas<sup>25</sup>. Con la transformación del fundamento económico como base se cambia toda la superestructura, las "ideologías", lenta o rápidamente. También el derecho (como la moral y la religión), pertenece a esa superestructura, no tiene en absoluto autonomía. La "dictadura del proletariado" conduce a la "sociedad sin clases" y con ello también a la "extinción" del Estado y del derecho<sup>26</sup>.

Por supuesto que ese dogma escatológico de la extinción fue rápidamente abandonado, y cuando se piensa en el desarrollo de los Estados comunistas de Europa Oriental desde 1989 se tiene que tener en general por posible el final del orden económico y jurídico socialista<sup>27</sup>.

25 Marx. MEW, XIII, pp. 8 y ss.

26 Marx. MEW IV pp. 463 y ss. Es muy dudoso que se pueda seguir todavía la evaluación klenneriana sobre "la aplicación del pensamiento jurídico-filosófico de Karl Marx": H. Klenner. *Rechtsphilosophie* (nota 17), pp. 155 y ss. Ver luego también N. Reich (Ed.). *Marxistische und sozialistische Rechtstheorie*, 1972; Ch. Schefold. *Die Rechtsphilosophie des jungen Marx von 1842*, 1970; W. Paul. *Marxistische Rechtstheorie als Kritik des Rechts*, 1974; Andrea Maihofer. *Das Recht bei Marx; Zur dialektischen Struktur von Gerechtigkeit, Menschenrechten und Recht*, 1992; A. Baratta. "Recht und Gerechtigkeit bei Marx", en, del mismo, *Philosophie und Strafrecht*, 1985, pp. 197 y ss.; P. Mazurek. "Marxistische und sozialistische Rechtstheorie", en A. Kaufmann/W. Hassemmer (Eds.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª ed., 1994, pp. 404 y ss. No debe dejarse de mencionar que Eugenio Paschukanis todavía propagaba la extinción del Estado al final de la década de los veinte; sin embargo, él fue declarado enemigo del pueblo y eliminado por el Fiscal-Jefe Andreij Wyschinski. Ver sobre estos desarrollos E. Bloch. *Naturrecht und menschliche Würde*, 1961, pp. 253 y ss.

El correspondiente libro de Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus, Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe (1924/1929)*, fue nuevamente editado por Hermann Klenner en 1991.

27 Ver sobre esto H. Klenner. "Was Bleibt von der marxistischen Rechtstheorie?", en *NJW* 1991, pp. 442 y ss. Lo que con certeza perdurará es el problema fundamental de la filosofía marxista y de la filosofía en general, o sea, las relaciones de señor y siervo. Sobre esto más reciente H. Klenner. *Rechtsphilosophisches zur Herr-und-Knecht-Relation*, en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerichtsbarkeit*, Festschrift für A. Kaufmann, 1993, pp. 177 y ss.

e) En verdad el siglo XIX no nace aún bajo el signo del marxismo sino del *positivismo jurídico-científico* (Franz Wieacker)<sup>28</sup>. Su principal deseo fue la *fundación del Estado de derecho*, y esto ya desde los inicios del siglo fue perfectamente señalado por Paul Johann Anselm v. Feuerbach (1775-1833)<sup>29</sup>. Como criticista apoyado en la filosofía de Kant rechaza la posibilidad de un derecho natural objetivo, pero reconoce derechos subjetivos del hombre, que son indispensables pues obedecen a su autonomía moral (derechos fundamentales y derechos del hombre)<sup>30</sup>. De otra parte, nos enseña que la positividad sería signo esencial e irrenunciable de todo derecho objetivo. Para el caso de indudable derecho injusto prevé ya un derecho de resistencia, sobre todo de los jueces<sup>31</sup>. En el curso del siglo XIX se desarrollaron todavía numerosas teorías positivistas del derecho (del derecho natural sólo hablaban ya *outsider*, en especial los neotomistas como Víctor Cathrein, pero también Heinrich Ahrens)<sup>32</sup>: el *positivismo lógico* de Rudolf Stammler

28 F. Wieacker. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª reimpr. (de la 2ª ed., de 1967), 1996, pp. 430 y ss.

29 Para esto sobre todo G. Radbruch, *Feuerbach* (nota 3), *passim* = GRGA T. 6, *Feuerbach*, 1997.

30 P. J. A. v. Feuerbach. *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, 1796. Sobre esto A. Kaufmann, "Paul Johann Anselm v. Feuerbach; Jurist des Kritizismus", en *Land und Reich-Stamm der Nation; Probleme und Perspektiven Bayerischer Geschichte*; Festgabe für Max Spindler, Vol. III, "Vom Vormärz bis zur Gegenwart", 1984, pp. 181 y ss. Más reciente, G. Haney, "Naturrecht bei P. J. A. v. Feuerbach in seinen Jenenser Schriften", en A. Kaufmann y otros (Eds.). *Rechtsstaat und Menschenwürde*, Festschrift für Werner Maihofer, 1988, pp. 159 y ss.; del mismo, "Von einer negativen zur positiven Vernunft; Feuerbach im Jahre 1975", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für A. Kaufmann, 1993, pp. 111 y ss.; Paul Johann Anselm v. Feuerbach. *Naturrecht und positives Recht*, textos escogidos, editado por G. Haney, 1993.

31 P. J. A. v. Feuerbach. *Die hohe Würde des Richteramts*, 1817. Sobre esto A. Kaufmann, "Paul Johann Anselm v. Feuerbach: Die hohe Würde des Richteramts", en *Festschrift für Karl Larenz*, 1983, pp. 319 y ss.

32 V. Cathrein. *Recht, Naturrecht und positives Recht*, 1909 (reimpr. 1964); H. Ahrens. *Naturrecht*, T. 2, 6ª ed., 1870/71 (1968). Sobre esto Evi Herzer. *Der Rechtsphilosoph Heinrich Ahrens* (1808-1874), 1993. Ahrens perteneció a la Escuela de Krause, todavía hoy influyente en España. Ver sobre esto N. M. López Calera, "K. Ch. F. Krauses Rechtsphilosophie in Spanien: Joaquín Costa", en *ARSP* 50 (1964), pp. 387 y ss.,

(1856-1938; él provenía de la tendencia neokantiana de Marburgo)<sup>33</sup>; la *teoría general del derecho*, que se ocupa todavía sólo con las estructuras y conceptos formales del derecho (se reconoce como su fundador a Adolf Merkel [1836-1896]<sup>34</sup>; el modelo más consecuente y científicamente fundado de esas teorías jurídicas puramente formales fue, sin duda, la teoría pura del derecho fundada por Hans Kelsen en los inicios del siglo XX, ya conocida por el lector desde el capítulo II); la *jurisprudencia de conceptos*, la cual revivió el ontologismo escolástico que tiene por posible deducir en forma puramente lógica, de los más elevados conceptos abstractos, conceptos siempre más concretos y llenos de contenido (Friedrich Puchta, 1798-1846, entre otros); el *positivismo empirista*, que desemboca sobre todo en la *jurisprudencia de intereses*, elaborada por Rudolf v. Jhering (1818-1892), la cual busca entender el derecho a partir de la constelación de intereses de la vida real

Fundación Friedrich Ebert (Ed.). *Reivindicación de Krause*, 1982. La discusión sobre Krause ha sido sorprendentemente viva en épocas recientes; pero como aquí todavía hay algunos trabajos en elaboración, se mencionan sólo las publicaciones más importantes: K. M. Kodalle (Ed.). *Karl Christian Friedrich Krause (1781-1832); Studien zu seiner Philosophie und zum Krausismo*, 1985 (allí contribuciones de H. Ch. Lucas, K. M. Kodalle, P. Landau, T. R. de Lecea, J. J. Gil-Cremades, entre otros); P. Landau. "Karl Christian Friedrich Krause und Christian Wolff: zu den Wurzeln des 'Krausismo' im deutschen Naturrecht", en L. Philipps/R. Wittmann (Eds.). *Rechtsentstehung und Rechtskultur*, Heinrich Scholler zum 60. Geburtstag, 1991, pp. 127 y ss.; del mismo, "Die rechtsphilosophische Begründung der Besserungsstrafe, Karl Christian Friedrich Krause und Karl David Röder", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 473 y ss.; S. Wollgast. *Karl Christian Friedrich Krause (1781-1832), Anmerkungen zu Leben und Werk*, 1990. Muy atendido fue en su época, es decir, en el inicio de la posguerra mundial, el libro de H. Coing *Die obersten Grundsätze des Rechts: ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts*, 1947.

33 Sobre esto ver C. Müller. *Die Rechtsphilosophie des Marburger Neukantianismus; Naturrecht und Rechtspositivismus in der Auseinandersetzung zwischen Hermann Cohen, Rudolf Stammler und Paul Natorp*, 1994.

34 El escrito de Adolf Merkel (1836-1896) es programático: *Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben*, 1874. De manera no completamente inadecuada Gustav Radbruch apostrofó la Doctrina General del Derecho como "eutanasia de la filosofía del derecho", *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., 1983 = GRGA, T. 2, 1993, p. 247.

que se encuentran en su base (Philipp Heck, 1858-1943, entre otros)<sup>35</sup>; ellos, y más directamente el *movimiento de derecho libre* (Hermann Kantorowicz, 1877-1940; Ernst Fuchs, 1859-1929), invitaban a los jueces a la libre creación del derecho, teniendo en cuenta la oscuridad y las lagunas de las leyes; fueron hijos de la corriente irracionalista de la época, cuando no por completo afilósofos. Por último, la *sociología jurídica* ejercida empíricamente, que busca derivar de hechos jurídicos (por ejemplo la obediencia efectiva a unas normas determinadas) consecuencias jurídicas (la "validez" empírica de esas normas) (Max Weber, 1864-1920, entre otros).

f) En el curso del siglo XIX también se desarrolló la *doctrina del método* (metodología, n. del t.), positivista que parte de Savigny, según la cual sólo le toca al juez "subsumir", es decir, coordinar entre sí dos magnitudes objetivas, ley y caso, y permanecer él mismo completamente por fuera del asunto. El presupuesto lógico para la prohibición al juez de crear derecho era el dogma de la ausencia de lagunas en el orden jurídico. En efecto, en el siglo XIX se promulgaron prohibiciones de interpretación. Desde luego esa doctrina no pudo mantenerse mucho tiempo. Que el derecho tiene lagunas, que el juez tiene que llenar mediante un acto de creación jurídica, es hoy un lugar común<sup>36</sup>.

g) Pero si en el problema de las lagunas todavía se trata de una insuficiencia lógica del positivismo científico, su progresiva degeneración hacia un puro *positivismo legal* (ya al final del siglo XIX declararon maestros del derecho que también el "más infame derecho legal" posee validez, si ha

35 Para quienes estén interesados en la investigación de Jhering: M. G. Losano. *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber* (Studien zu Jhering und Gerber, parte I), 1984; del mismo, *Studien zu Jhering und Gerber*, Parte II, 1984; del mismo, *Der Briefwechsel Jherings mit Unger und Glaser*, 1986. Recientemente también R. Dreier. "Jherings Rechtstheorie; eine Theorie evolutionärer Rechtsvernunft", en O. Behrends (Ed.). *Jherings Rechtsdenken; Theorie und Pragmatik im Dienste evolutionärer Rechtsethik*, 1996, pp. 222 y ss. Reciente sobre Heck: M. Wolf. *Philipp Heck als Zivilrechtsdogmatiker; Studien zur dogmatischen Umsetzung seiner Methodenlehre*, 1996.

36 Ver sobre esto C. W. Canaris. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2ª ed., 1983; interesante en el último tiempo: H. Aoi. "Die sogenannte Lücke-Typenjurisprudenz contra Begriffsjurisprudenz?", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerichtsbarkeit*, Festschrift für A. Kaufmann, 1993, pp. 23 y ss.

sido producido de manera formalmente correcta)<sup>37</sup> en el *nacionalsocialismo* se hizo manifiesta. Por lo demás, entonces no sólo se pervirtió el positivismo al promulgar leyes oprobiosas; también se abusó del pensamiento iusnaturalista cuando se sobrepuso en nombre de un derecho natural "étnico" sobre el derecho vigente<sup>38</sup>.

#### 6. La reanudación después de la Segunda Guerra Mundial

La experiencia histórica enseña que tanto la doctrina clásica del derecho natural como también el positivismo jurídico clásico han fracasado. El derecho natural con su sistema de normas petrificadas podría funcionar en sociedades con estructuras muy simples, pero no es suficiente en una sociedad altamente compleja con un muy delicado sistema económico. El positivismo jurídico, de otra parte, ciertamente suministró las grandes obras de codificación de comienzos del siglo XIX, porque al legislador de entonces todavía lo orientaba una fuerte conciencia moral. Ese presupuesto, sin embargo, no se da nunca en las dictaduras de nuestro tiempo; leyes infames no son simplemente ejemplos de cátedra, sino que se han convertido en realidad. El concepto puramente formal de la ley ha fallado<sup>39</sup>.

37 K. Bergbohm. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, T. 1 (único), 1892, reimpr. 1973, pp. 144 y ss.

38 Detalladamente (con numerosas referencias) A. Kaufmann. "Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus", en *ARSP* 18 (1983), pp. 1 y ss. Un capítulo muy conceptual sobre derecho y nacionalsocialismo proviene de la pluma de H. Müller-Dietz: "Recht, Nationalsozialismus und Karl Kraus; eine notwendige Erinnerung", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerichtsbarkeit*, Festschrift für A. Kaufmann, 1993, pp. 769 y ss. Ver también B. Rüthers. *Die unbegrenzte Auslegung; Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 5ª ed., 1997.

39 Fundamentalmente G. Radbruch. "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en *SJZ* 1946, pp. 105 y ss. (impreso también en el anexo de la 4ª hasta la 8ª edición de la *Filosofía del Derecho* de Radbruch, hechas póstumamente) = GRGA, T. 13, 1990, pp. 83 y ss. La "fórmula de Radbruch" (el argumento del entuerto) ha cobrado de nuevo actualidad, precisamente en relación con el problema de la injusticia legal en la antigua RDA. Ver sobre esto R. Dreier. "Gesetzliches Unrecht im SED Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerichtsbarkeit*, Festschrift für A. Kaufmann, 1993, pp. 57 y ss.; Monika Frommel. *Die*

a) El “renacimiento del derecho natural”. Después de la monstruosa dominación arbitraria del nacionalsocialismo, en la que se pervirtió el derecho hasta hacerlo irreconocible<sup>40</sup>, muchos creyeron en verdad que debían, en la hora cero luego de la Segunda Guerra Mundial, regresar de nuevo al derecho natural. Ya Jean Paul había hecho mofa al decir que cada misa y cada guerra abastecen nuevos derechos naturales. Pero, ¿qué debían hacer los tribunales en la miseria jurídica de aquellos años, distinto a reaccionar contra el Estado de injusticia nacionalsocialista con ayuda de ponderaciones “iusnaturalistas” y dejar de lado normas legales que eran injustas o a ellos a lo menos así les parecían y decidir el caso invocando “un derecho esencial sobrepositivo?”. Este “renacimiento del derecho natural”<sup>41</sup> ha sido muy censurado y efectivamente no fue ningún producto de la racionalidad y la circunspección, pero la acusación es válida propiamente para la ciencia, en especial para la filosofía del derecho que no había preparado a la administración de justicia en absoluto para el fenómeno de la “injusticia legal”. Así se tiene que disculpar a los tribunales de tantos pasos en falso “iusnaturalistas”.

*Mauerschützenprozesse – eine unerwartete Aktualität der Radbruchschen Formel*, allí pp. 81 y ss. Sobre esto (con otras numerosas referencias) A. Kaufmann. “Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht”, en *NJW*, 1995, pp. 81 y ss. Ver texto de la fórmula bajo pp. 193 y ss. Recientemente H. Dreier. “Gustav Radbruch und die Mauerschützen”, en *JZ* 1997, pp. 421 y ss.; bajo un aspecto interesante J. Gründel. “Umgang mit Schuld; Theologisch-ethische Perspektiven”, en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*, cit., pp. 423 y ss. (p. 427: Verantwortung und Schuld hinsichtlich der Mauerdelikte).

<sup>40</sup> Siempre digno de lectura F. v. Hippel. *Die Perversion von Rechtsordnungen*, 1955.

<sup>41</sup> Más detalle en A. Kaufmann. “Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre; und was daraus geworden ist”, en *Festschrift für Sten Gagnér*, 1991, pp. 105 y ss.; también, del mismo, *Über Gerechtigkeit* (nota 3), pp. 221 y ss. Ver también K. Kühl. “Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg”, en G. Köbler/ M. Heinzl/J. Schapp (Eds.). *Geschichtliche Rechtswissenschaft (Giessener Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, T. 6, 1990, pp. 331 y ss.; Muy reciente N. Horn. “Vom jüngsten Naturrecht”, en B. Ziemke y otros (Eds.). *Staatsphilosophie und Rechtspolitik*, Festschrift für Martin Kriele, 1997, pp. 889 y ss.; W. Waldstein, *Das Naturrecht in der modernen Staatsphilosophie*, allí pp. 903 y ss.

Ese “renacimiento iusnaturalista” fue episódico. Pero siempre quedó algo. Ciertamente hoy no se dan, a lo menos en el lenguaje, decisiones judiciales tan monstruosas como la resolución de la gran Sala Penal del Tribunal Supremo Federal de febrero 17 de 1954<sup>42</sup> en la causa del carácter ilícito de la relación sexual de prometidos. El senado invocó aquí las “normas de la moralidad” y las caracterizó así: “Su (fuerte) obligatoriedad (a diferencia de la ‘obligatoriedad débil’ de las simples ‘costumbres’, del ‘simple convencionalismo’) se apoya en el preexistente y aceptado orden de los valores y los principios del deber que rigen la convivencia humana; ellos valen independientemente de que aquellos a quienes se dirigen con la aspiración de ser obedecidos los sigan y reconozcan en la realidad o no; su contenido no puede cambiar a causa de que las opiniones sobre lo que es válido se modifiquen”.

Una crítica de los resultados a los que llegó el Tribunal Supremo Federal (la relación sexual de prometidos contradice la ley de moralidad objetiva y es en consecuencia deshonesto), puede uno ahorrársela. Pero dos cosas tienen que retenerse: 1. La “ley moral” –en otra terminología: el “derecho natural” o simplemente el “derecho” (a diferencia de ley positiva)–, que aquí se afirma, es algo *substancial, intemporal, suprapositivo*, es algo ya *acabado*, es una *existencia, un estado*. 2. De esa ley moral o derecho suprapositivo se pueden de manera puramente deductiva derivar consecuencias concretas, decisiones jurídicas, bajo ellos se pueden *subsumir* situaciones fácticas (resultados, n. del t.). Es un *pensamiento de subsunción ontológico-substancial*. Y de allí no obtenemos en absoluto certeza.

b) Neopositivismo. El *neopositivismo* de finales de los años cincuenta y comienzo de los sesenta rechaza toda idea de un derecho suprapositivo, pero las estructuras mentales fueron y son en él las mismas que enseña el derecho natural. Esto se puede formular en general. La doctrina del derecho natural (se piensa en la doctrina del derecho natural clásica: absolutista y racionalista) y el positivismo legal se diferencian en verdad ontológico-iusfilosóficamente en la concepción sobre el fundamento del ser, la validez del derecho: en la una es lo pre-existente y la “naturaleza del hombre” siempre igual, en la otra es la cambiante “voluntad del legislador” no ligada

<sup>42</sup> *BGHSt* 6, p. 46.

a un orden natural existente. Vistas metodológico-teórico-jurídicamente se igualan ambas, sin embargo, en la comprensión del proceso de creación del derecho: según la doctrina del derecho natural (racionalista), se pueden deducir de los principios éticos-jurídicos absolutos las normas de derecho positivo y de éstas luego las decisiones jurídicas concretas; según el positivismo legal (normativista) se pueden así mismo inferir de las leyes, con la ayuda de las directivas del legislador ("materiales legislativos"), las decisiones jurídicas concretas de manera *puramente deductiva sin recurrir a la experiencia* y en ese sentido "por rigurosa lógica". Naturalmente, siempre es del todo necesario mencionar lo empírico, pero esto no se reflejará ni se refleja. De tal manera se *fixará a priori*, conforme a ambos modelos de pensamiento, *el derecho positivo concreto algo rígidamente*. Esta analogía entre dos enemigos declarados como el derecho natural y el positivismo puede parecer sorprendente, pero ello tiene sin duda sus motivos internos. Ambos se orientan axiomáticamente, el pensamiento codificador subyace a ambos y sobre todo ambos están en deuda con el sistema filosófico del racionalismo, cuyo fin es construir *un sistema cerrado* de conocimientos adecuados y exactos.

Bien mirado, el neopositivismo tiene básicamente sólo un argumento a su favor: lo insostenible de la doctrina del derecho natural. Que, en consecuencia, el positivismo tuviere razón sólo sería forzoso si la alternativa derecho natural o positivismo jurídico fuese excluyente, lo que desde tiempos inmemoriales, de manera completamente acrítica, se ha supuesto falsamente. Una cimentación filosófica del positivismo, como, por ejemplo, la que Hans Kelsen suministra en su *Teoría pura del derecho*, difícilmente se encuentra hoy. Se es positivista por resignación escéptica. Característica para el espíritu de la época es la forma como Hans-Ulrich Evers retoma las dudosas concepciones de los positivistas de fin de siglo: "También el orden jurídico más reprobable", dice él, "tiene todavía un valor obligatorio", pues también él garantiza "un mínimo de protección", y "a causa de esa función tiene igualmente un valor [...] sin consideración a su contenido"<sup>43</sup>.

43 H. U. Evers. *Der Richter und das unsittliche Gesetz*, 1956, pp. 141 y 72.

Aun cuando esa opinión es de alguna manera comprensible, ella no es, sin embargo, de ninguna manera una respuesta a los problemas que se nos plantean hoy. El regreso más allá de Kant del renacimiento iusnaturalista ha fracasado. Pero no ha fracasado menos el regreso más allá de la perversión jurídica de la dictadura nazi. Lo que se nos ha encomendado es la limitación de la arbitrariedad en la legislación y la aplicación de la ley. Para esto no habrá una respuesta satisfactoria en tanto se persevere en la alternativa: *o* derecho natural *o* positivismo, *tertium non datur*. El pensamiento en esa alternativa hace mucho se encuentra en un callejón sin salida. Precisamente la discusión posbélica demostró eso *ad oculos*. Todos conocen el argumento aportado miles de veces y el contraargumento, pero nadie está en capacidad de disuadir al adversario de su opinión, porque él no puede fundamentar su propia posición de manera convincente.

c) La teoría jurídica funcionalista. Pero también lleva a un callejón sin salida contraponer al derecho natural ontológico-substancial una *concepción jurídica funcionalista*, como la representada especialmente por Niklas Luhmann<sup>44</sup>. Según ese funcionalismo, no importa que el derecho sea justo (algo así como "justicia" o "indisponibilidad" no existe en absoluto, estos son más bien sólo símbolos con los cuales se imponen buenos deseos)<sup>45</sup>, lo decisivo en una sociedad compleja en alto grado es sólo que el derecho funcione en tanto "reduzca complejidad" (lo cual ciertamente es algo, pero el derecho de esta manera se vuelve completamente fungible). Seguramente es correcto que lo "indisponible" no puede residir en una petrificada "naturaleza" ontológico-substancial entendida como algo rígido, cosificado; no tiene que ser tampoco algo "preexistente" como el logos, el *jus divinum* o la naturaleza humana racionalista en el sentido del antiguo derecho

44 Su obra más conocida: *Legitimation durch Verfahren*, 1969.

45 Detalladamente A. Kaufmann/W. Hassemer. *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 1971, pp. 27 y ss. Ver también W. Hassemer, que defiende la doctrina del bien jurídico contra el funcionalismo: "Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre", en L. Philipps/H. Scholler (Eds.). *Jenseits des Funktionalismus*; A. Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, pp. 85 y ss.; también, del mismo, *Theorie und Soziologie des Verbrechens; Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, 1973, así como M. Marx. *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*; *Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre*, 1971.

natural<sup>46</sup>. No obstante, no es ningún argumento que en el derecho en absoluto se dé lo indisponible. Es evidente que Kant superó lo ontológico-substancial. Pero Charles S. Peirce ha dado el gran paso de las substancias a las situaciones y relaciones, avanzando de la lógica aristotélica y kantiana, que sólo conoció predicados de calidad, hacia una lógica de relación<sup>47</sup>. Este paso tiene todavía que realizarse en la filosofía del derecho y en la teoría jurídica. Pero hay ya notables intentos de fundamentar una lógica no clasificatoria semejante. En los últimos tiempos se desarrolla una lógica, sobre todo en el campo de la informática jurídica, que característicamente se denomina *fuzzy logic*, una lógica con perfiles difusos, no claramente determinados, mediante los cuales se requiere sobre todo enseñorearse de los conceptos jurídicos indeterminados, quizás incluso de la analogía<sup>48</sup>. En verdad esto tampoco es tan nuevo: ya Gustav Radbruch había trabajado para que en el derecho, junto con las clases de conceptos de todo o nada admitidos, entraran numerosos conceptos que permiten un compromiso entre lo más y lo menos<sup>49</sup>, de lo que sigue que muchas veces no sólo hay una y única solución correcta, sino muchas "correctas", esto es, soluciones

46 Ver A. Kaufmann, "Recht und Rationalität", en *Rechtsstaat und Menschenwürde*, Festschrift für Werner Maihofer, 1988, pp. 1 y ss., especialmente 24 y ss.; también, del mismo, *Über Gerechtigkeit* (nota 3), pp. 301 y ss.

47 Ver sobre esto W. Stegmüller. *Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie*, T. 1, 6ª ed., 1978, pp. 429 y ss., especialmente 431.

48 Sobre la *fuzzy logic* hay ya abundante literatura. Muy sugestivo L. Philipps. "Unbestimmte Rechtsbegriffe und Fuzzy Logic; Ein Versuch zur Bestimmung der Wartezeit nach Verkehrsunfällen (§ 142, Abs. 2 StGB)", en F. Haft y otros (Eds.). *Strafgerechtigkeit*; Festschrift für A. Kaufmann, 1993, pp. 265 y ss.; del mismo, "Kompensatorische Verknüpfungen in der Rechtsanwendung—ein Fall für Fuzzy Logic", en M. Martinek y otros (Eds.). *Vestigia Iuris*; Festschrift für Günther Jahr, 1993, pp. 169 y ss. Interesante pero problemático es el intento de F. Romeo de dominar la analogía por medio de la *fuzzy logic*: *Analogie; Zu einem relationalen Wahrheitsbegriff im Recht*, 1991, en especial pp. 29 y ss. (en correspondencia con L. Reisinger). Bajo otro aspecto: A. Billot. *Economic theory of fuzzy equilibria; An axiomatic analysis*, 1992; muy acertada es la caracterización de la *fuzzy logic* como "pensamiento krausiano" por Ch. Dörrer. *Fuzzy Logic; Methodische Einführung in Krauses Denken*, 1996. El habla también de las zonas grises de las transiciones graduales, del todavía-no-y-no más.

49 G. Radbruch. "Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken", en

"defendibles", plausibles, susceptibles de consenso. Luego se tiene que estar ansioso de cómo una lógica semejante (que en el sentido tradicional no es ninguna lógica) quiere hacer justicia computarizada (y ciertamente no sólo en casos banales sino en *hard cases*). Empero, hemos ido demasiado lejos.

Nosotros tenemos que encontrar un camino más allá del derecho natural lógico-substancial y del positivismo legal funcionalista. El impulso para la superación de esa guerra de posiciones entre los dos campos fue dado ya por Gustav Radbruch. Si se observa su obra en conjunto, es claro que su sitio ha estado más allá del derecho natural y el positivismo. En el próximo capítulo se tratará más precisamente sobre esto.

d) Otras tendencias. En lo que sigue queremos honrar todavía algunos intentos que también se originaron en los primeros tiempos de la posguerra con el fin de superar la situación de miseria jurídica heredada del nacional-socialismo, o sea precaver la arbitrariedad en el pensamiento jurídico, mediante la idea de un derecho no disponible. Se buscó también con eso, si no superar, sí evidentemente limitar el relativismo teórico-valorativo que había sido sostenido principalmente por Max Weber y Gustav Radbruch.

aa) Impulsos esenciales para la renovación de la filosofía del derecho proveniente de la *Fenomenología* de Edmund Husserl (1858-1938). (La notable discípula de Husserl, Edith Stein, judía convertida a la fe católica, fue asesinada en Auschwitz en 1942; de su legado se publicó recientemente [1991] una *Introducción a la Filosofía*). De acuerdo con la doctrina fenomenológica, las esencialidades existentes en sí deben representarse, bien en "actos ideantes" bajo una "reducción eidética y fenomenológica" o, puestos entre "paréntesis" todos los "coeficientes existenciales accidentales", en el hecho mismo puro, es decir, rigurosamente claro, libre de error y adecuado. Quien desee esclarecer esta forma altamente complicada del conocimiento, puede leer, de Gerhart Husserl (1894-1973), "Die Phänomenologie des Schuhs"<sup>50</sup>. El ejemplo es característico, pues el método fenomenológico funciona evidentemente sólo en objetos estructurados simplemente, no en

<sup>50</sup> *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, T. XII (1938), pp. 46 y ss. = GRGA, T. 3, 1990, pp. 60 y ss.

50 G. Husserl. *Recht und Zeit*, 1955, pp. 14 y ss.

algo tan complejo, además de normativo, como el derecho. Los esfuerzos de Gerhart Husserl y Adolf Reinach (1883-1917)<sup>51</sup> por elaborar *a priori* elementos del derecho que el legislador tiene que admitir si quiere lograr una regulación justa, no fueron coronados con el éxito (“doctrina apriorística del derecho”).

bb) Esa doctrina se basa en la versión lógico-teórico-cognoscitiva de la fenomenología. Más eficazmente incidió la versión teórico-valorativa, cuyo primer garante es Max Scheler (1874-1928). Hans Welzel (1904-1977) y su discípulo Günter Stratenwerth (nacido en 1924) sobre todo se inspiraron en él. Según su doctrina, todo el derecho está penetrado por *estructuras lógico-materiales*, por ejemplo, las estructuras de la acción humana, de la premeditación, de las relaciones de autor-cómplice, que la regulación legal enlaza, cuando las acciones deben normarse<sup>52</sup>.

cc) Una tercera orientación argumenta con la “naturaleza de la cosa”. Ella ha fecundado sin duda la nueva filosofía del derecho de la manera más eficiente, lo que se documenta en una ilimitada literatura. Ya Radbruch había intentado la renovación jurídica sobre la “naturaleza de la cosa”, pero la entiende sólo en el sentido neokantiano como una “forma mental”, mediante la cual puede distender el “dualismo metódico” de ser y deber ser<sup>53</sup> sostenido antes por él; pero con esto Radbruch no reconoce a la “naturaleza de la cosa” el carácter de una fuente del derecho<sup>54</sup>. Esto lo hace Werner Maihofer (nacido en 1918), quien, proviniendo de la filosofía de la existencia de Martin Heidegger (1889-1976), considera la “naturaleza de la cosa” una genuina fuente del derecho en el sentido de un “derecho natural concreto”<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> La obra más importante de Reinach: *Zur Phänomenologie des Rechts; die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, 1953. Debe mencionarse también una obra suya merecedora de una lectura hoy: *Was ist Phänomenologie?*, 1951.

<sup>52</sup> Muy claramente sostiene este punto de vista G. Stratenwerth. *Das Rechtstheoretische Problem der “Natur der Sache”*, 1957.

<sup>53</sup> G. Radbruch. *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., 1983, pp. 87 y ss. “Wirklichkeit und Wert” = GRGA, T. 2, 1993, pp. 221 y ss.

<sup>54</sup> G. Radbruch. “Die Natur der Sache als juristische Denkform”, en *Festschrift zu Ehren von Rudolf Laun*, 1948, pp. 157 y ss. = GRGA, T. 3, 1990, pp. 229 y ss. Ver también A. Kaufmann. “Lukrez, De rerum natura”, en M. Martinek y otros (nota 48), pp. 107 y ss.

<sup>55</sup> W. Maihofer. “Die Natur der Sache”, en M. Martinek y otros (nota 48), pp. 145 y ss.

dd) Habría mucho más para mencionar. Pero concluimos este recorrido con una breve ojeada al neohegelianismo, como alguna vez fue sostenido por Julius Binder (1870-1939), Walther Schönfeld (1888-1958) y Karl Larenz (1903-1993). Como el neohegelianismo nunca fue positivista, no tuvo en esa medida dificultades para contribuir a la renovación del derecho después del derrumbamiento. Pero, de otra parte, por razones fáciles de explicar (teoría autoritaria del Estado) quedó envuelto en el destino del nacionalsocialismo, de tal manera que la repetida invocación a “la idea de un orden concreto” (Carl Schmitt) y al “concepto general concreto” (Larenz) no parecieron más dignos de credibilidad, aunque allí se escondiese frecuentemente algo sensato.

e) Principios teórico-cognoscitivos. Que todos estos esfuerzos por un “indisponible” en el derecho finalmente hayan conducido a un desencanto, a un chasco, estriba precisamente en que todavía se ha mantenido ante todo un *concepto cognoscitivo objetivista* y un *concepto de derecho ontológico-substancial*<sup>56</sup>. Esto llevó parcialmente a un regreso a teorías formales del derecho, en particular a la *teoría analítica del derecho*, cuyos principales representantes hoy son H. L. A. Hart (1907-1992), Alf Ross (nacido en 1899), Kazimierz Opalek (1918-1995), Aleksander Peczenik (nacido en 1937), Aulis Aarnio (nacido en 1937), quienes quieren hacer

Para mi propio punto de vista ver A. Kaufmann. *Analogie* (nota 7): “La ‘naturaleza de la cosa’ es el miembro vinculante (‘catalizador’) entre ser y deber ser, caso y norma” (ver sobre esto numerosas contribuciones en P. Nerhot (Ed.). *Legal Knowledge and Analogy: Fragments of Legal Epistemology, Hermeneutics and Linguistics*, 1991); También instructivo A. Baratta. “Juristische Analogie und Natur der Sache”, en *Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag*, 1972, pp. 137 y ss.; “Natur der Sache und Naturrecht”, en A. Kaufmann (Ed.). *Die Ontologische Begründung des Rechts*, 1955, pp. 104 y ss.; del mismo, “Gedanken zu einer dialektische Lehre der Natur der Sache”, en A. Kaufmann (Ed.). *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, 1968, pp. 137 y ss.; del círculo de voces críticas hay que mencionar especialmente R. Dreier. *Zum Problem der “Natur der Sache”*, 1965. Otra literatura sobre la “naturaleza de la cosa” se encuentra en A. Kaufmann (Ed.). *Die Ontologische Begründung des Rechts*, 1965, pp. 5 a 243.

<sup>56</sup> De otra manera, o sea relacionalmente, aprehende la “naturaleza de la cosa” G. Stratenwerth (ver arriba, nota 52). En este aspecto mi punto de vista es muy parecido (nota 7).

proposiciones rigurosamente razonables, “evidentes” sobre el derecho mediante análisis lógicos del lenguaje, con estricta separación de derecho y moral, así como de lo empírico y lo normativo<sup>57</sup>.

Entretanto no satisface más a muchos esa analítica jurídica pura con su limitación a las *rules* (aquí habrá de mencionarse especialmente a Ronald Dworkin); más bien se ha ampliado el sistema en torno a los *principles of law*<sup>58</sup>, cuya relación con las *rules* es, por lo demás, muy discutida. En todo caso, por ese medio se ha fecundado vigorosamente la *teoría de las normas*, cuya obra más notable es un legado de Hans Kelsen<sup>59</sup>; también aquí Kazimierz Opalek ha abierto nuevas perspectivas<sup>60</sup>. Importante entre las teorías formales del derecho es también evidentemente la *lógica jurídica*, para la cual pueden citarse a Karl Engisch (1899-1990), Ulrich Klug (1913-1993), Ilmar Tammelo (1917-1982), y Ota Weinberger (nacido en 1919)<sup>61</sup>. Una forma especial de lógica jurídica —la lógica deóntica (la lógica de los

57 Literatura: H. L. A. Hart. *Der Begriff des Rechts* (del inglés), 1973; del mismo, *Recht und Moral* (del inglés), 1971; E. Barros. *Rechtsgeltung und Rechtsordnung; Eine Kritik des analytischen Rechtsbegriffs*, 1984; G. Robles. *Rechtsregeln und Spielregeln; Eine Abhandlung zur analytischen Rechtstheorie*, 1987; J. M. Priester. “Rechtstheorie als analytische Wissenschaftstheorie”, en G. Jahr/W. Maihofer (Eds.). *Rechtstheorie Beiträge zur Grundlagendiskussion*, 1971, pp. 13 y ss.; E. Tugendhat. *Vorlesungen zur Einführung in die sprachanalytische Philosophie*, 1976; H. J. Koch. *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, 1976; K. L. Kunz. *Die analytische Rechtstheorie: Eine “Rechts” theorie ohne Recht?*, 1977; H. Eckmann. *Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie; Der Begriff des Rechts in der Rechtstheorie H. L. A. Harts*, 1969; V. Steiner. “Analytische Auffassung und der Rechts des Rechtsinterpretation”, en *ARSP* 69 (1983), pp. 299 y ss.; A. Ollero. *Rechtswissenschaft und Philosophie* (del español), 1978, pp. 3 y ss., pp. 27 y ss. Una investigación analítica con soporte en la práctica: E. v. Savigny. *Die überprüfbarkeit der Strafrechtssätze*, 1967.

58 Sobre esto indicación bibliográfica del capítulo IV, V.

59 H. Kelsen. *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979.

60 K. Opalek. *Überlegungen zu Hans Kelsen “Allgemeine Theorie der Normen”*, 1980; del mismo, *Theorie der Direktiven und der Normen*, 1986. Luego también O. Weinberger. *Norm und Institution*, 1988.

61 K. Engisch. *Logische Studien zur Gesetzanwendung*, 3ª ed., 1963; U. Klug. *Juristische Logik*, 4ª ed., 1982; I. Tammelo/H. Schreiner. *Grundzüge und Grundverfahren der Rechtslogik*, T. 2, 1974/77; O. Weinberger. *Rechtslogik; Versuch einer Anwendung moderner Logik auf das juristische Denken*, 1970.

valores y las normas)— trató de desarrollar Georg Henrik von Wright (nacido en 1916)<sup>62</sup>.

Por irrenunciables que sean esas tendencias, y a pesar de los servicios que sus representantes han prestado, no pueden, sin embargo, reemplazar una filosofía del derecho *material*. Además, las teorías del derecho puramente formales corren el peligro de encerrar el derecho en un “sistema axiomático” (Klug) y hacerlo inaccesible al flujo de la vida<sup>63</sup>. Por eso busca nuevamente encontrarse con una *jurisprudencia tópica* o bien *retórica* que, reviviendo antiguas tradiciones (Aristóteles, Cicerón), desarrolla un procedimiento “aporético”, en el cual se establecen “catálogos de tópicos”<sup>64</sup>, a fin de poder encontrar orientación en un “sistema abierto” (Theodor Viehweg, 1907-1988; Chaim Perelman, 1912-1984). El lema es: *argumentar en un sistema abierto*. Ese lema lo han inscrito en su bandera tanto la *teoría de la argumentación* como la *hermenéutica*. Mediante la apertura del sistema ellos han dejado atrás, esencialmente, tanto el derecho natural como el positivismo jurídico (sobre esto se tratará en el próximo capítulo).

f) La discusión analítica-hermenéutica<sup>65</sup>. Una renovación de la filosofía del derecho tiene que partir del criterio de Kant según el cual conceptos sin contenido son vacíos, intuiciones sin conceptos son ciegas. Sobre la base de la actual discusión teórica se podría trasladar eso a la siguiente fórmula: analítica sin hermenéutica es vacía, hermenéutica sin analítica es ciega. En

62 G. H. von Wright. *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, 1968; del mismo, “Deontic Logic Revisited”, en *RTh* 4 (1973), pp. 37 y ss.; para Georg Henrik von Wright: *RTh* 27 (1996), pp. 133 y ss., con contribuciones de W. Krawietz, J. Habermas, E. Hilgendorf y D. Weinberger, entre otros. Ver también G. Kalinowski. “Die Präskriptive und die deskriptive Sprache in der deontischen Logik”, en *RTh* 9 (1978), pp. 411 y ss.

63 Sobre los problemas del sistema axiomático, la tópica y el sistema abierto (entendido estructuralmente), ver H. Otto. “Methode und System in der Rechtswissenschaft”, en *ARSP* 55 (1969), pp. 493 y ss.

64 Sobre esto especialmente K. R. Popper. *Die Offene Gesellschaft und ihre Feinde*, T. 2, 6ª ed., 1980 (el primer tomo tiene el título “El mago Platón”). Además el anti-Popper: A. F. Utz (Ed.). *Die Offene Gesellschaft und ihre Ideologien*, 1986.

65 Claro y convincente J. Stelmach. *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*, 1991, especialmente pp. 44 y ss., 135 y ss.

los años pasados se han combatido, empero, más que complementarse mutuamente. La corriente analítica acusa a la hermenéutica de ser irracional (lo que no es exacto: la propia hermenéutica no es irracional, ella busca sólo ofrecer luz en los procesos que no son racionales o no puramente racionales, y de esa clase es el proceso de creación jurídica). La hermenéutica, de su parte, sindicó a la analítica por no tener respuesta a los reales problemas de la filosofía del derecho y en general de los hombres (ella no busca en absoluto tales respuestas, por lo cual resulta dudoso que la analítica levante la aspiración a representar sola la filosofía del derecho).

En tiempos recientes se señala la clara tendencia a abandonar el enfrentamiento y llegar a una cooperación. Un importante paso en esa dirección lo había dado ya Georg Henrik von Wright con su libro *Aclarar y comprender (Erklären und Verstehen)*, 1974). En esta conexión ha de mencionarse también a Karl Engisch, quien tuvo siempre la capacidad de vincular el pensamiento lógico y el hermenéutico, como lo prueba su libro *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*<sup>66</sup>.

Adicionalmente ha de mencionarse a Ronald Dworkin (nacido en 1931), quien muestra su reverencia por la hermenéutica en el libro *Law's Empire*, aparecido en 1986, sobre todo a la forma desarrollada por Hans-Georg Gadamer. Más claramente describe el juego armonioso de analítica y hermenéutica José de Sousa e Brito (nacido en 1939) en su libro *Filosofia do Direito e do Estado* de 1987. Y otros nombres se agregan constantemente<sup>67</sup>. No hace muchos años la mayor parte de los analíticos simplemente pasaban por alto a la hermenéutica. Esto ha cambiado fundamentalmente. La bibliografía sobre hermenéutica jurídica ha crecido copiosamente y esto no sólo en el espacio lingüístico alemán. Ya no se puede plantear de manera absoluta la analítica, pero tampoco la hermenéutica; la una es tan poco prescindible como la otra. Si en adelante la teoría analítica del derecho no es pormenorizadamente valorada, no se debe ello a menosprecio de la analítica sino a la finalidad de este libro, que es la de ofrecer preferentemente problemas de contenido.

<sup>66</sup> Como en nota 61.

<sup>67</sup> Aquí hay que remitirse sobre todo a A. Ollero. *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 1978, *passim*.

*Más allá del derecho natural  
y del positivismo jurídico*