

JUSTICIA PENAL

ENSAYO SOBRE LA OBRA CIENTÍFICA

*DE ARTHUR KAUFMANN**

Winfried Hassemer

Sería temerario querer presentar en detalle o siquiera en una panorámica que la cubra por completo una obra científica cuyo índice se maneja como un opúsculo. Sólo para una lectura reflexiva del índice se necesita aproximadamente el tiempo que requiere alguna de las contribuciones a este homenaje. Por lo demás, puede tratarse solamente de un convencimiento pasajero; la obra está abierta. Y, en fin, el lector no necesita guía: en tanto se introduzca en los textos siempre encontrará su propio camino para la comprensión, y éste, al menos desde el punto de vista de un hermenéutico como Arthur Kaufmann¹, será, en caso de duda, el correcto.

* Winfried HASSEMER, "Strafgerechtigkeit. Versuch über das wissenschaftliche Werk Arthur Kaufmanns", en Fritjof Haft, Winfried Hassemer, Ulfrid Neumann, Wolfgang Schild, Ulrich Schroth (Hrsg.), *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, Müller, 1993, pp. 1-22. Traducción de José Antonio Seoane. [N. T.: El volumen de homenaje a Arthur Kaufmann que se abre con el artículo aquí traducido concluye con una relación bibliográfica de las publicaciones del profesor alemán –hasta la fecha de su publicación– (pp. 855-878). Es a dicha bibliografía a la que alude en ocasiones Hassemer en el presente artículo].

1. El coloquio organizado, como primero de este tipo, para el sexagésimo cumpleaños de Kaufmann tuvo como objeto este núcleo de su trabajo cien-

Resta, por tanto, el intento de trazar líneas y fijar los puntos esenciales².

I. LOS COMIENZOS

Si se prescinde de unos pocos ejercicios de calentamiento³, en la obra científica de Arthur Kaufmann las líneas estaban nítidamente trazadas ya a finales de los cincuenta, y en ellas estaban acentuados los puntos esenciales. En ese momento estaban ocupados los vastos territorios en los que posteriormente se sembraría y cosecharía, eran visibles los métodos que abrían el acceso a los problemas, y ambas cosas se mostraban con gran condensación y claridad. Por ello, parece prometedor tratar estas tempranas manifestaciones como ejemplares y detenerse algo más en ellas.

tífico: W. HASSEMER (Hrsg.), *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, 1984. Yo presenté en él "Die Hermeneutik im Werk Arthur Kaufmanns", pp. 1 ss. El coloquio con motivo del sexagésimo quinto cumpleaños se llamó *Jenseits des Funktionalismus*, 1989, L. Philipps, H. Scholler (Hrsg.). Allí, Scholler (pp. 1 ss.) y Miyazawa (pp. 7 ss.) se ocuparon del análisis de Kaufmann del pensamiento funcional-estructural y su significación para la ciencia jurídica japonesa. En cierto modo éstos han sido hasta la fecha los precedentes del actual intento de aproximarse globalmente a la obra de Arthur Kaufmann y, por supuesto, constituyen también las referencias para los puntos esenciales de esta obra.

2. Algo parecido se propuso Arthur Kaufmann en 1988 en el homenaje a Werner Maihofer ("Recht und Rationalität. Gedanken beim Wiederlesen der Schriften von Werner Maihofer", en *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, 1988, pp. 11-39).

3. Especialmente "Zur wiedergutmachungsrechtlichen Stellung der Zeitbeamten", *Zeitschrift für Beamtenrecht* 3 (1955), pp. 331-335.

1. Pretericiones

En seguida llama la atención que la labor judicial⁴ de Kaufmann prácticamente no haya influido en el objeto y la hechura de sus publicaciones tempranas⁵. Lo que se plasma en el trabajo científico es más bien el espíritu científico de la época.

Hay sólo dos comentarios jurisprudenciales clásicos, referidos a la jurisprudencia mayor⁶, y un artículo sobre la formación de juristas⁷ que trata de los grupos de trabajo estudiantiles. Pero sobre todo se anuncia ya que el interés penalista de Kaufmann

4. Fue juez en el *Landgericht* de Karlsruhe desde 1952 hasta 1957.

5. No se puede extender este diagnóstico a la obra completa hasta ahora. Sobre todo el modo en que Kaufmann se dedica a la Hermenéutica filosófica y jurídica, pero también su interés respecto de la posición constitucional y el cometido del juez, prueban en todo caso la proximidad a la práctica jurídica. Cuánto hayan aportado a ello específicamente los años de juez debe sin duda quedar abierto. Los ejemplos centrales para este conjunto se hallan en las contribuciones para los homenajes a Peters (“Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit”, en *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1974, pp. 295-309), Coing (“Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik”, en *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, München, 1982, 1.^{er} volumen, pp. 537-548) y Larenz (“Paul Anselm von Feuerbach: ‘Die hohe Würde des Richteramts’”, en *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, München, 1983, pp. 319-328).

6. Respecto a resoluciones penales, “Anmerkungen zu dem Beschluß des Oberlandesgerichts Nürnberg, Strafsenat. Ws 267/56. Vom 17.8.1956 (betrifft ärztliches Berufsgeheimnis, Frage der Beschlagnahmefähigkeit von Krankenpapieren nach Entbindung von der Schweigepflicht)”, *Neue Juristischen Wochenschrift* (1958), pp. 272-273 y “Anmerkung zu dem Urteil des Bundesgerichtshofs. 1 StR 458/58. Vom 21.11.1958 (betrifft Fortsetzungszusammenhang zwischen einfacher und schwerer Bestechlichkeit)”, *Juristenzeitung* (1959), pp. 375-377. Un carácter ya completamente distinto tienen las observaciones “Um das Gesetz gegen jugendgefährdende Schriften. Zu einer bedeutsamen Entscheidung des Bundesgerichtshofs”, *Stimmen der Zeit* 158 (1955/56), pp. 421 ss.

7. “Repetitor und studentische Arbeitsgemeinschaften”, *Juristenzeitung* (1955), pp. 77-78.

se dirige al Derecho material, no al formal. Se dedica un único artículo a cuestiones procesales⁸, así como posteriormente sólo una publicación se ocupa de un tema de genuino Derecho procesal⁹ —e incluso éste guiado de forma tan evidente por un interés iusfilosófico que el tema, el principal proceso en materia penal, da más impresión de mensajero que de mensaje: este último es la teoría del discurso, que más tarde ha ocupado intensamente a Kaufmann—¹⁰. ¿Sorprendente para un práctico que busca el camino (de vuelta) a la ciencia y para ello no se atiene a sus guías?

Sucede que en esos años Kaufmann no era un práctico dilettante en la ciencia, que tenía que ir cambiando todavía su experiencia judicial por la rutina académica. De 1957 a 1960 estudió intensamente Filosofía en Heidelberg, renovó una y otra vez la memoria pública de su maestro Gustav Radbruch¹¹, y con su obra científica demostró desde el principio adónde pertenecía.

8. “Zur Rechtsmittelbeschränkung in Jugendstrafsachen”, *Juristenzeitung* (1958), pp. 9-13.

9. “Läßt sich die Hauptverhandlung in Strafsachen als rationaler Diskurs auffassen?”, en *Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens. Beiträge anlässlich des Colloquiums zum 65. Geburtstag von Gerhard Kilwein*, H. Jung/H. Müller-Dietz (Hrsg.), Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, pp. 15-24, en relación al principal proceso en materia penal y la presentación del “discurso racional”.

10. Las palabras clave son intersubjetividad, correspondencia, consenso, comunicación, convergencia —en cada caso como indicaciones de la garantía de la verdad—; cfr. por ejemplo “Gedanken zur Überwindung des rechtsphilosophischen Relativismus”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 46 (1960), pp. 553-569 (sobre todo III), “Die Kommunikationsgemeinschaft der Vernünftigen”, *Münchener Forum*, Heft 82 (1986), pp. 52 ss., o “Über die wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 72 (1986), pp. 425-442.

11. Necrológicas en la prensa (“Gustav Radbruch zum Gedächtnis”, *Badische Neueste Nachrichten* de 25.11.1949, p. 2; “Ein Leben im Geiste. Zum 80. Geburtstag von Gustav Radbruch (21. November 1958)”, *Heidelberger Tageblatt* n° 266 de 18.11.1956, p. 6), dos recensiones (“Rezension: Gustav Radbruch, Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben. Göttingen, 2. Auflage 1967”, *Ruperto Carola. Mitteilungen der Vereinigung der Freunde der Studentenschaft der Universität Heidelberg e. V. Hg. von der Universität*

2. Campos

Son cuatro los campos en los que Arthur Kaufmann ha publicado desde entonces, y que ya estaban delimitados en los años cincuenta:

- la dogmática del Derecho penal material, centrada en la Parte general, concretamente en el ámbito de la culpabilidad;
- cuestiones fundamentales de la Filosofía del Derecho, desarrolladas sobre la posibilidad de fundamentación de un Derecho suprapositivo, y aun así, concreto y adaptado a su tiempo;
- política criminal desarrollada científicamente, con un fundamento iusfilosófico y una determinación de fines humanitarios-liberales;
- cuestiones singulares polémicas de política jurídica correspondientes a la Parte especial del Derecho penal, con predilección por el ámbito de la actuación médica.

Por supuesto no en los detalles, pero sí en el carácter, éste era el perfil de la dogmática orientada hacia las ciencias del espíritu que caracterizó, y también hizo destacar, a la ciencia jurídico-penal de la República Federal Alemana hasta mediados de los años sesenta. Aquí, ciertamente, aplicado a un solo autor, lo era con especial amplitud y profundidad.

Heidelberg 21 (1957), pp. 246 s.; “Rezension: Gustav Radbruch, *Der Geist des englischen Rechts*, Göttingen, 3. Auflage 1956”, *Ruperto Carola. Mitteilungen der Freunde der Studentenschaft der Universität Heidelberg e. V. Hg. von der Universität Heidelberg* 21 (1957), pp. 246 ss.). También puede incluirse aquí la presentación de la colección de conferencias y artículos de Gustav RADBRUCH *Der Mensch im Recht*, 1957 (“Der Mensch im Recht”, *Ruperto Carola. Mitteilungen der Vereinigung der Freunde der Studentenschaft der Universität Heidelberg e. V. Hg. von der Universität Heidelberg* 23 (1958), pp. 72 ss.).

a) *Dogmática penal*

Ya la tesis doctoral sobre la conciencia de la antijuridicidad, escrita estando con Radbruch, y acompañada por éste con un alentador prefacio¹², muestra completamente el modelo de la dogmática penal desarrollada científicamente, que después se desarrollará con amplitud. El tema es actual e importante para la orientación contemporánea, sobre todo por el tratamiento penal de la época nazi: crímenes contra la humanidad, “eutanasia”, delatores. El error sobre la prohibición y la ausencia de la conciencia de la antijuridicidad no eran sólo centrales en la defensa estándar de los procedimientos penales de la época¹³, sino que son también, y aun con mayor importancia, una piedra de toque para la capacidad del Derecho penal en orden a apreciar de modo individualizado la socialización y culturización de los acusados, por un lado, y a fijar el *proprium* de las normas penales –el injusto, el daño social– también frente a errores normativos, por otro.

Kaufmann trata el objeto de modo amplio, incluso para las circunstancias de la época, y alumbró así una buena parte de los ámbitos en los que hasta hoy resuena el *cantus firmus* de su ciencia jurídicopenal: culpabilidad según la comprensión penal, libertad de la voluntad, injusto penal y norma jurídica son las estaciones de cuya “esencia”¹⁴ se extraen las respuestas a la conciencia del injusto; y finalmente se derivan consecuencias concretas para la jurisprudencia y la legislación. Esta perspicaz y

12. Sobre la conciencia del injusto en el marco general de la teoría de la culpabilidad, *Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts. Zugleich ein Leitfadens durch die moderne Schuldlehre*, Mainz, 1949.

13. Detalles en JÄGER, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität*, Zweitausgabe, 1982, capítulo III, pp. 166 ss.

14. Más tarde este concepto ha inspirado desconfianza, porque aunaba la vaguedad y la mala metafísica. El trabajo de Kaufmann sobre la conciencia del injusto no alimenta esta sospecha.

sutil dogmática penal descansa sobre fundamentos filosóficos y desemboca en praxis —uno se topa constantemente con este modelo en la obra científica de Kaufmann—.

Sin embargo, quedó sin continuación la minuciosa concentración sobre cuestiones sistemáticas de dogmática penal que caracteriza los dos afilados ataques a posiciones centrales de la teoría finalista de la acción en *Juristenzeitung* (1954 y 1956)¹⁵. Éste es el modo en el que, principalmente Welzel, discutió con sus adversarios, y que parecía marcar un estilo: argumentado más en estilo judicial que en estilo pericial, separando implacablemente lo correcto de lo incorrecto (así como también el amigo del enemigo), concentrado en sistemas y argumentos individuales (y no en consecuencias reales del sistema o el argumento), apoyado selectivamente en referencias filosóficas (y sobre todo en autoridades)¹⁶. Con estos dos artículos, muy apreciados, Kaufmann entregó su tarjeta de visita y demostró que podía pensar y discutir como se pensaba y se discutía entonces en los frentes especialmente destacados por el espíritu de la época. Pero éste no era su estilo, tal y como se puso de manifiesto muy pronto —y no sólo en el estilo—.

b) *Filosofía del Derecho*

En referencia a su “posición fundamental frente al Derecho, que permaneció constante respecto a todo cambio”, Kaufmann escribió en 1971, en el prólogo a la colección de sus artículos

15. “Zur Lehre von der negativen Tatbestandsmerkmalen”, *Juristenzeitung* (1954), pp. 653-659; “Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum”, *Juristenzeitung* (1956), pp. 353-358, 393-395.

16. Como ejemplo puede leerse la nota a pie n° 30 del artículo “Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum”, cit. (n. 15).

iusfilosóficos¹⁷: “Fue la experiencia directa de la injusticia la que despertó mi interés por los problemas iusfilosóficos hace ya treinta años, y la que ya entonces me hizo ver claro que los preceptos legales por sí mismos no consiguen nada: ni producir el Derecho ni evitar la injusticia. Sólo a través del ser humano puede realizarse el Derecho, en tanto que hace lo correcto o se resiste a la injusticia”.

Esto suena muy diferente de una dogmática orientada sistemáticamente, sobre todo si se traslada —lo que puede hacerse con total confianza—¹⁸ la valoración de los “preceptos legales” a las escuelas científicas o las opiniones doctrinales. Aquí pensamiento y lenguaje se anuncian tal y como se encuentran en la obra científica de Arthur Kaufmann hasta hoy: sobre el trasfondo de la Filosofía del Derecho.

Los tres trabajos iusfilosóficos que aparecieron en los años cincuenta¹⁹ anuncian el tono que caracterizará en general la Filosofía del Derecho de Kaufmann. Aunque esta cuerda suena poco: *movens* fueron las experiencias con el régimen de injusticia en la

17. *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, Frankfurt am Main, 1972; 2. erweiterte Auflage, München, 1975, p. VIII.

18. El prólogo continúa acto seguido: “Esta concepción del Derecho —e igualmente del Estado de Derecho— como algo que no está ahí como algo propio y que, por tanto, nunca se tiene sino que más bien hay que crearlo, modelarlo y defenderlo permanentemente, siempre me ha llenado de desconfianza frente a las “escuelas” filosóficas [...]. Estas “escuelas”, por múltiples que sean sus logros, tarde o temprano degeneran hacia un dogmatismo que ya no es capaz de abrirse hacia otros lados, conduciendo así a un empecinamiento, encapsulamiento o absolutización de la ‘opinión de escuela’”.

19. *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen, 1957; las críticas y, al mismo tiempo, amistosas “meditaciones” sobre el libro de René MARÇIC *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, 1957 (“Recht als Maß der Macht”, *Stimmen der Zeit* 163 (1958/59), p. 22 ss.; vid. también “Rezension: René Marçic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Recht als Maß der Macht. Gedanken über den demokratischen Rechts- und Sozialstaat. Wien, 1957”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 45 (1959), pp. 134-138), así como la ya mencionada crítica de la colección de conferencias y artículos de Radbruch con motivo de su octogésimo cumpleaños (“Der Mensch im Recht”, cit. (n.11)).

Alemania nazi, que también perjudicó directamente a la familia de Kaufmann. Estas experiencias marcaron profundamente la obra iusfilosófica tardía de su maestro Radbruch²⁰, y colocaron a ambos, maestro y discípulo, ante la cuestión de cómo era posible una crítica normativa de la ley positiva, formal, y aprobada con arreglo al ordenamiento. Ésta no es otra que la pregunta por la fundamentación del Derecho suprapositivo, del Derecho natural, y es al mismo tiempo la pregunta por los criterios del Derecho justo y las posibilidades de la resistencia jurídicamente fundamentada en el Estado de Derecho.

Las experiencias con la injusticia bajo forma legal ya habían preocupado a Kaufmann en su tesis doctoral²¹, donde se trataba del enjuiciamiento penal de crímenes contra la humanidad o de delaciones —esto es, de actuaciones despreciables que estaban en consonancia formal con las leyes escritas de la época—²². Pero allí se cuestionaba específicamente las posibilidades del agente para percibir el carácter injusto de la actuación. Aquí la sonda se dirigía a un estrato más profundo del problema: al carácter injusto mismo.

Las respuestas de Kaufmann son claras, no se alejan de las de Radbruch, y, en esencia, son todavía válidas en la actualidad.

Ataca la postura relativista resignada frente al Derecho y muestra, como ya hiciera Radbruch, cómo un relativismo bien entendido puede ser la base de una fundamentación teórica demo-

20. Kaufmann lo ha descrito cuidadosa y profusamente en su biografía de Radbruch (*Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, München, Zürich, 1987). Los trabajos iusfilosóficos de Radbruch desde el comienzo de la época nazi hasta su muerte están ahora reunidos en el tercer volumen de las obras completas (*Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe*, Arthur Kaufmann (Hrsg.), 20 volúmenes, Heidelberg, 1987); respecto de la continuidad de la Filosofía del Derecho de Radbruch antes y después de 1945, igualmente mi introducción en *ibid.*, pp. 11 ss.

21. *Supra* I.2.a.

22. *Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts. Zugleich ein Leitfadens durch die moderne Schuldlehre*, Mainz, 1949, § 13 IV, V.

crática y comunicativa del Estado y del Derecho²³. Su respuesta iusfilosófica a las preguntas de la época es un iusnaturalismo histórico, mutable, ajustado a la época, esto es, un Derecho suprapositivo que no tiene que comprar ni tampoco asegurar su corrección mediante el absolutismo en el tiempo y el espacio, como hacía la tradición iusnaturalista²⁴.

He aquí un gran programa. Paso a paso, en los años posteriores se trabaja sobre él y se cambia. Comienza con la fundamentación ontológica de un Derecho suprapositivo y también –en este marco– del Derecho positivo²⁵; se extiende al nivel de la realiza-

23. A. Kaufmann le gustaba anteponer lemas, sobre todo a sus trabajos tempranos. A la cabeza de sus reflexiones sobre la superación del relativismo iusfilosófico, que estimula en 1960 el problema del relativismo (“Gedanken zur Überwindung des rechtsphilosophischen Relativismus”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 46 (1960), pp. 552-569), está la frase de Nietzsche: “Uno nunca tiene razón; pero con dos comienza la verdad”.

24. El perfil y el contenido de este pensamiento se pueden identificar con facilidad si se analiza la filosofía de Kaufmann sobre un Derecho justo en una de sus múltiples exposiciones de la historia o de la situación de la Filosofía del Derecho, por ejemplo *Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart*, Tübingen, 1976; “Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik” y “Recht und Gerechtigkeit in schematischer Darstellung”, en A. Kaufmann, W. Hassemer (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6. neuarbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg, 1992, pp. 1-24 y pp. 25-142; “Rechtsphilosophie”, en *Staatslexikon-Recht, Wirtschaft, Gesellschaft*, 7. Auflage, Freiburg, Basel, Wien, 1988, volumen 4, columnas 705-719; “Theorie der Gerechtigkeit. Problemgeschichtliche Betrachtung”, en *Szkicez Teorii Prawa i Szczegółowych Nauk Prawnych. Festschrift für Zygmunt Ziemiński*, Poznań, 1990, pp. 385-411; o “Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre- und was daraus geworden ist”, en *Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag*, München, 1991, pp. 105-132.

25. Esto se anuncia en 1963 en una panorámica programática sobre la situación de la Filosofía jurídica actual (“Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart”, *Juristenzeitung* (1963), 137-148) y comienza con énfasis a mediados de los años sesenta: con la investigación sobre Derecho y moral (*Recht und Sittlichkeit*, Tübingen, 1964), con el volumen colectivo sobre la fundamentación ontológica del Derecho (Arthur Kaufmann (Hrsg.), *Die ontologischen Begründung des Rechts*, Darmstadt, 1965) y en él con el estudio sobre la estructura ontológica del Derecho (“Die ontologische Struktur des

ción del Derecho, cuyo núcleo se convierte en el vasto proyecto de la Hermenéutica jurídica²⁶, y se amplía de modos diversos hacia las formas del reconocimiento y la afirmación, de la vida y la enseñanza²⁷. La ontología jurídica y la realización del Derecho como objetos de la reflexión; la Filosofía del Derecho, la Teoría del Derecho y –también al margen– la Sociología del Derecho como fundamentos científicos sistemáticos del Derecho, han obtenido de Arthur Kaufmann no sólo una fundamentación y un desarrollo científicos sino también una confirmación práctica cotidiana.

c) *Política criminal*

La envergadura de los intereses científicos de Kaufmann se mide del modo más concluyente, de una parte, por la relación

Rechts”, en Arthur Kaufmann (Hrsg.), *Die ontologischen Begründung des Rechts*, Darmstadt, 1965, pp. 470-508), así como con el artículo sobre la estructura ontológica de la acción (“Die ontologische Struktur der Handlung. Skizze einer personalen Handlungslehre”, en *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1966, pp. 79-117). Una fuente importante para todo ello es la recopilación *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, cit. (n. 17).

26. *Sobresale Analogie und “Natur der Sache”. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Karlsruhe, 1965; 2. erweiterte Auflage, Heidelberg, 1982, preparado por la concepción iusfilosófica y teórico-jurídica de la relación entre ley y Derecho (“Gesetz und Recht”, en *Existenz und Ordnung. Festschrift für Erik Wolf zum 60. Geburtstag*, Frankfurt am Main, 1962, pp. 357-397; después también como *Gesetz und Recht*, Saarbrücken, 1966) y continuada en una gran cantidad de ampliaciones y concreciones (*Wozu Rechtsphilosophie heute?*, Frankfurt am Main, 1971; *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie. Ein Leitfaden*, en colaboración con Winfried Hassemer, Frankfurt am Main, 1971; *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, München, 1989). Un filón es, por supuesto, la recopilación *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik. Sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1984, 2. Auflage, 1992.

27. Lo he expuesto documentadamente en mi estudio sobre la Hermenéutica en la obra de Arthur Kaufmann (*supra* n. 1).

entre las reflexiones iusfilosóficas fundamentales, por cómo han sido relacionadas en ese momento; de otra, por las exigencias político-criminales a la legislación de la época, tal y como están reunidas, sobre todo, en los proyectos alternativos en los que Arthur Kaufmann colaboró durante muchos años²⁸. No es fácil asimilar el largo trecho de lo general a lo concreto, y poder asumir lo otro como el resultado de lo uno.

Este propósito se ve enormemente facilitado por el único trabajo hasta finales de los cincuenta cuyo interés y objeto se puede calificar (también) como político-criminal: la filípica contra la pena de muerte, publicada en 1957 en la revista *Ruperto Carola* de Heidelberg²⁹. Aquí se conectan sin esfuerzo posiciones filosóficas fundamentales con reflexiones penales teóricas, así como argumentaciones históricas y críticas acerca de la justicia³⁰. El interés político se advierte en cualquier parte del trabajo, que desmonta uno tras otro los argumentos habituales a favor de la pena de muerte de un modo pragmático-retórico, destrozando la base

28. Cfr. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, en colaboración con Jürgen Baumann et al., Tübingen, 1966, 6 volúmenes; *Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes*, en colaboración con Gunther Arzt et al., Tübingen, 1973; *Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl*, en colaboración con Günther Arzt et al., Tübingen, 1974; *Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Betriebsjustiz*, en colaboración con Günther Arzt et al., Tübingen, 1976; *Alternativ Entwurf. Novelle zur Strafprozeßordnung. Reform der Hauptverhandlung*, en colaboración con Jürgen Baumann et al., Tübingen, 1985; *Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe*, en colaboración con Jürgen Baumann et al., Stuttgart, New York, 1986.

29. "Um die Todesstrafe", en *Ruperto Carola. Mitteilungen der Vereinigung der Freunde der Studentenschaft der Universität Heidelberg e. V. Hg. von der Universität Heidelberg* 23 (1957), pp. 44-49. Con este artículo comienza también la recopilación de trabajos de dogmática penal *Schuld und Strafe. Studien zur Strafrechtsdogmatik*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1966, pp. 13 ss.

30. Además, este trabajo da testimonio de la variada influencia que tuvo Gustav Radbruch sobre Arthur Kaufmann. Concluye con una frase "del inolvidable Gustav Radbruch, que fue uno de los más vigorosos defensores de la prohibición de la pena de muerte".

teórica de una Política criminal de ese tipo. Y sin adornos histórico-dogmáticos, de manera natural y silenciosa aparece la ponderación que posteriormente habría de determinar centralmente el pensamiento iusfilosófico de Kaufmann³¹: un ser humano no puede ser sancionado con la privación de su vida incluso aunque otras sanciones prometan menor efectividad; aquí “debe prescindirse de entrada de toda ponderación de puro cálculo o utilidad”³²; en el Derecho existen límites a las orientaciones de eficiencia.

A pesar de lo incidental de su exposición, ésta es una opción fundamental que debe demostrar su eficacia no sólo en el debate sobre la pena de muerte. Más bien afecta a cualquier discusión acerca de los límites deseables de la intervención efectiva sobre intereses ajenos; especialmente, por tanto, acerca de los límites del Derecho. Y es precisamente en la actualidad —ante los complejos y “modernos” peligros, o bien sólo ante su dramatización— un teorema de la Política criminal aún más importante que en los años cincuenta³³. Como todas las publicaciones científicas de Kaufmann en los cuatro campos centrales en los años cincuenta, es el núcleo de su obra posterior.

31. Documentado sobre todo en la recopilación *Jenseits des Funktionalismus*, editada por Philipps y Scholler (*supra* n. 1).

32. *Schuld und Strafe*, cit. (n. 29), p. 15.

33. He intentado (en *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, 1988, pp. 183 ss.) — con el insistente recurso a la Filosofía del Derecho de Radbruch y de Kaufmann, así como a la Teoría del Derecho y la teoría del conocimiento de Kaufmann— hacer plausible en la idea de lo “indisponible” la existencia de límites insuperables de intervención del Derecho penal. Mi discípulo Felix Herzog analizó críticamente el actual “Derecho penal de riesgo” en su trabajo de habilitación *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, y le impuso límites normativos. Heinz Müller-Dietz, el sucesor de Kaufmann en la cátedra de Saarbrücken, ha tratado ahora provechosamente éstos y otros conceptos relativos a la limitación del Derecho penal (en *Festschrift für Rudolf Schmidt*, 1992, pp. 95 ss.).

d) *Derecho penal especial*

La temprana obra sobre el específico problema del deber de secreto médico³⁴ está desarrollada según el mismo modelo. Dogmáticamente se asientan los fundamentos y se fijan los límites de la disposición médica sobre el derecho a la autodeterminación informativa de un tercero, como diríamos actualmente con el Tribunal Constitucional Federal³⁵, pero no se fundamentan exclusivamente de forma dogmática. La base de la argumentación y el criterio de corrección es más bien el tópico (*topos*) iusfilosófico y filosófico-social del *bonum commune*.

Ahí hacen acto de presencia dos aspectos que servirán como modelo del pensamiento posterior. Por un lado, está una vez más el interés (y la capacidad) de plantear una pregunta concreta de la praxis jurídica cotidiana en un marco nuevo y ampliado, en el que se podrá analizar de manera distinta de aquélla en que únicamente se diesen vueltas y vueltas a las alternativas dogmáticas tradicionales y a los argumentos que se encuentran respectivamente en su bagaje. Por otro lado, en este trabajo se anuncia un interés material ulterior de Kaufmann, a saber, el interés por el Derecho penal médico. Con gran eficacia pública se manifestó este interés en 1961 en el Congreso de Profesores de Derecho penal en Maguncia³⁶, y posteriormente ha dado diversos frutos³⁷.

34. "Ärztliche Schweigepflicht und bonum commune", *Die neue Ordnung* (1958), pp. 189 ss.; reeditado en *Arzt und Christ* (1959), pp. 51 ss.

35. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) 65, 1, de 15 de diciembre de 1983.

36. La ponencia ("Die eigenmächtige Heilbehandlung") está publicada en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 73 (1961), pp. 341-384, y también independientemente como *Die eigenmächtige Heilbehandlung*, Berlin, 1961.

37. De la época más reciente véase únicamente "Genomanalyse und Menschenwürde", en *Zukunftskongreß Genomanalyse und Menschenwürde. Referate und Protokolle der Tagung vom 2. Juni 1989 in München*, Die bayerische SPD-Forum Landtagsfraktion, 1989, pp. 22-23; "Juristische Überlegungen im Umkreis von Sterbehilfe und Früheuthanasie", en "*Soll das*

Comparativamente, Arthur Kaufmann ha publicado poco en el ámbito del Derecho penal especial. Al igual que en el Derecho procesal penal³⁸, esto me parece consecuencia de su interés por los fundamentos materiales de nuestra disciplina. Este interés se proyecta ampliamente, hasta la ontología y las teorías generales de la fundamentación de los valores. Se entusiasma antes con materias concretas de la dogmática penal y la política criminal que tengan relación con los fundamentos sustanciales que con los interrogantes sistemáticos y formales.

Indudablemente un penalista interesado por los fundamentos podría ocuparse como es debido de problemas procesales o de comparación de sistemas, y por supuesto también se hallan ejemplos de ello en la obra científica de Kaufmann³⁹. Pero esto no hace que los ejemplos de los ámbitos de la punibilidad y de la persecución penal en los que Kaufmann dice lo que tiene que decir estén caracterizados casi exclusivamente por puntos esenciales de carácter sustancial –desde el derecho de resistencia hasta la tecnología genética, pasando por el aborto, o aspectos especiales, a pesar de todo “eternos”, relativos a la culpabilidad–.

*Baby leben?”. Über Früheuthanasie und Menschenwürde (Herrenalber Protokolle 75), Evangelische Akademie Baden (Hrsg.), 1991, pp. 10 ss.; “Sterbenshilfe kann nur Leidenshilfe sein”, *Ärztliche Praxis* 50 (24.6.1986), p. 1719; “Rechtsphilosophische Reflexionen über Biotechnologie und Bioethik an der Schwelle zum dritten Jahrtausend”, *Juristenzeitung* (1987), pp. 837-847.*

38. Al respecto *supra* I.1.

39. Pueden mencionarse, por ejemplo, “Strafrecht und Strafvollzug”, en *Die Strafvollzugsreform. Eine kritische Bestandsaufnahme*, A. Kaufmann (Hrsg.), Karlsruhe, 1971, pp. 35-52; “Läßt sich die Hauptverhandlung in Strafsachen als rationaler Diskurs auffassen?”, en *Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens. Beiträge anlässlich des Colloquiums zum 65. Geburtstag von Gerhard Kielwein*, H. Jung, H. Müller-Dietz (Hrsg.), Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, pp. 15-24; “Das Problem der Abhängigkeit des Strafrichters vom medizinischen Sachverständigen”, *Juristenzeitung* (1985), pp. 1065-1072.

II. LA OBRA PRINCIPAL

Ésta es la paleta de concreciones que, posteriormente, en los trabajos fundamentales, se desarrollan en la dirección de la Filosofía del Derecho y el Derecho penal. Desde los años sesenta Kaufmann consigue la síntesis de Filosofía y Derecho, de fundamentos y aplicación de la ley⁴⁰. Por ello, en estos años se presenta lo que se podría denominar “obra principal”: no la serie más prolija de publicaciones a lo largo del tiempo⁴¹, pero sí el entra-

40. Esto no en el sentido de equiparación –como si los trabajos iusfilosóficos fueran la base de la “aplicación” jurídicopenal; como si la obra jurídicopenal fuera la prolongación de las reflexiones iusfilosóficas–. Abstracción hecha de que tal univocidad sería un mecanismo demasiado ingenuo para un hermenéutico como Arthur Kaufmann: la relación normal entre Filosofía del Derecho y Derecho penal, entre fundamentos y concreciones en la obra de Kaufmann es la del entramado fundamental, de la que su trabajo de habilitación (*Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1961; 2. erweiterte Auflage, Heidelberg, 1976) es probablemente el mejor ejemplo. Por lo demás, a lo largo de los años se encuentran en lugares diversos aclaraciones científico-penales con ayuda de la Filosofía (“Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht”, *Juristenzeitung* (1967), pp. 553-560; *Die Parallelwertung in der Laiensphäre. Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre*, München, 1982, o “Die strafrechtlichen Aussagetheorien auf dem Prüfstand der philosophischen Wahrheitstheorien”, en *Festschrift für Jürgen Baumann*, Bielefeld, 1992, pp. 119-130), así como aportaciones a la Filosofía mediante planteamientos jurídicopenales (“Bemerkungen zur Reform des § 218 StGB aus rechtsphilosophischer Sicht”, en *Das Abtreibungsverbot des § 218*, Jürgen Baumann (Hrsg.), Neuwied, Berlin, 1971, pp. 46-56; “Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung. Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs”, en *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, pp. 327-345; y “Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken”, en *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, U. Herberger, U. Neumann, H. Rüssman (Hrsg.), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* Beiheft 45 (1992), pp. 77-100.

41. Un análisis detallado de la bibliografía muestra que Kaufmann publicó más intensamente en los últimos años que en algunas fases anteriores –consecuencia, sobre todo, de una temprana imposibilidad de investigar metódicamente debido a una enfermedad–.

mado de Filosofía del Derecho y Derecho penal más consistente: la concluyente y madura concepción de la “justicia penal”. Lo que viene después –más o menos desde mediados de los años ochenta⁴²– deshace este entramado en favor de líneas más bien más autónomas y también de líneas ambivalentes: concentración en la Filosofía del Derecho pura, multiplicación de los intereses literarios, nuevos caminos, resumen y cosecha.

En la fase que comienza con los años sesenta veo tres grandes líneas: fundamentos de una teoría penal axiológica (justicia penal) en la Filosofía del Derecho y la teoría penal fundamental; mediaciones entre norma y hecho en una Teoría hermenéutica del Derecho fundamentada filosóficamente; concreciones de teoría y praxis científicas en diversos ámbitos.

1. *Fundamentos*

Filosofía general–Filosofía del Derecho–Derecho Penal: así está dividido⁴³ el índice bibliográfico del *opus magnum* sobre los fundamentos de la justicia penal de Kaufmann, el trabajo de habilitación sobre el principio de culpabilidad⁴⁴. Esta división es un fiel reflejo del panorama a través del que se lleva al lector: onto-

42. *Infra* III.

43. *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1961; reeditado en 1976 (2. erweiterte Auflage, Heidelberg, 1976), completado con un anexo que rectifica algunas cosas desde la perspectiva de los quince años anteriores, ejemplifica y continúa otras, y reafirma otras. En relación a la opinión –modificada– sobre el significado jurídico-político de su trabajo, léase su prólogo de mayo de 1976.

44. El prólogo a la primera edición subraya –a su vez– la proximidad a Radbruch y, a su manera, caracteriza lo que aquí se ha denominado entramado de Filosofía del Derecho y Derecho penal. Radbruch había una vez llamado “monstruo” a su trabajo de habilitación sobre el concepto de acción, “mitad Filosofía, mitad dogmática penal”: “Un monstruo tal es también el presente trabajo. Con todo, espero que se reconozca que ambas partes constituyen una unidad interna”. Esto se comprende sin ninguna dificultad.

logía (fundamentación de la metafísica, refutación del positivismo); teoría del conocimiento (comprensión, relativismo, teorías de la verdad); doctrina del Derecho natural (lo histórico y lo suprahistórico en el Derecho); teoría penal axiológica (principio de culpabilidad, naturaleza moral de la pena); dogmática penal, justicia penal y política criminal (imprudencia, delitos cualificados por el resultado, condiciones objetivas de punibilidad, individualización judicial de la pena).

No conozco ninguna obra en nuestro círculo jurídico que profundice tanto para resolver un problema fundamental de carácter jurídicopenal –sin que pueda decirse, además, que en lo referente a los teoremas extrapenales sólo se ofrezcan remiendos–⁴⁵. Como consecuencia necesaria la investigación discurre desde los fundamentos hasta los concretos “extremos” prácticos de la Administración de justicia y político-criminales del principio de culpabilidad; esto es, hasta los límites de su realización⁴⁶, como la imprudencia, la cualificación por el resultado o las condiciones objetivas de punibilidad. Estos extremos sólo se dejan mostrar y explicar –leo ahora la investigación desde su final– desde las cualificaciones fundamentales de la culpabilidad y la sanción y

45. Del trabajo de habilitación de Radbruch (1904), al que Kaufmann se remite como modelo, sí puede decirse esto. Una explicación de por qué ahí no coincide plenamente la investigación sobre el concepto de acción penal con el análisis metodológico de la sistemática jurídica la brinda el propio Radbruch en su autobiografía *Der innere Weg*, citada introductoriamente por Kaufmann en la edición de la obra de Radbruch sobre el concepto de acción: Gustav RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik. Im Anhang: Zur Systematik der Verbrechenlehre–sowie: Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, A. Kaufmann (Hrsg.), Darmstadt, 1967, p. VII.

46. También podría decirse: hasta las situaciones típicas de su lesión. Esta versión de la contemplación se hace muy nítida, por ejemplo, en el posterior trabajo de Kaufmann sobre el delito de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas: “Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit”, *Jusristenzeitung* (1963), pp. 425-433.

desde su contexto en un ordenamiento penal concreto⁴⁷. Todo ello, a su vez, descansa tanto sobre la Antropología filosófica y la Filosofía de la libertad como sobre la premisa de la fundamentación de la culpabilidad. Y, como se trata del principio de culpabilidad en el Derecho penal (y no en la Teología o el Psicoanálisis), el autor versado en los fundamentos de su disciplina planteará la cuestión de la fiabilidad normativa de dichos fundamentos, esto es, de un fundamento (y su reconocimiento) más allá de una legislación positiva, y por ello cambiante: de la ontología y la teoría del conocimiento del Derecho.

El trabajo es, por supuesto, hijo de su tiempo. Analiza intensamente, por ejemplo, la teoría de las “estructuras lógico-reales”⁴⁸, un vehículo usado sobre todo por Welzel para el transporte de doctrinas científicas jurídicopenales a lo actualmente indiscutible⁴⁹. Presenta los teoremas penales⁵⁰ enteramente al modo de la dogmática de las ciencias del espíritu de aquella época⁵¹ —y, aun así, llega mucho más lejos que su tiempo—.

Fundamenta el principio de culpabilidad con un carácter fundamental y asimismo con un rigor que, comprensiblemente, han sido evitados más que tenidos en cuenta hasta hoy por la doctrina penal al uso (ni que decir tiene por la práctica). Por un lado, se

47. Referencia central: observaciones de principio sobre los límites de la realización del principio de culpabilidad. *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2. erweiterte Auflage, Heidelberg, 1976.

48. *Ibid*, pp. 20 ss., 28 ss.

49. El volumen XXII de la colección *Wege der Forschung: Die ontologische Begründung des Rechts*, Darmstad, 1965, publicado poco tiempo después por Kaufmann y revisado por él, documenta de modo sobresaliente ésta y otras aproximaciones a un Derecho natural concreto, adecuado a su tiempo (y por ello de contenido cambiante).

50. Significativo, por ejemplo, el cuarto capítulo sobre el principio de culpabilidad como principio moral absoluto y sobre la imprudencia: *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2. erweiterte Auflage, Heidelberg, 1976, pp. 116 ss, 153 ss.

51. Vid. ya *supra* I.2.a.

arma sólidamente el principio de culpabilidad; presenta (como absoluto, en general “como principio”) doble faz: no sólo una limitación humanitaria de la pena, sino también una fundamentación penal rigurosa. Por tanto, si la culpabilidad exige sanción, la sanción es una *capitis deminutio* moral, y merecida también por el culpable, aunque político-criminalmente parezca inútil⁵². Por otro lado, la exigente fundamentación del principio de culpabilidad supone un gran obstáculo para su sencilla o irreflexiva utilización en la cotidianidad de la jurisdicción penal; obstáculo que con frecuencia no sería insalvable para la praxis si simplemente

52. Fundamental *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2. erweiterte Auflage, Heidelberg, 1976, pp. 201 ss. (sobre la naturaleza moral de la pena). Era previsible que a la teoría jurídico-penal anterior, orientada hacia la política criminal a partir de mediados de los años sesenta (Kaufmann fue coautor de los proyectos alternativos desde 1966: *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, en colaboración con J. Baumann et al., Tübingen, 1966, 6 volúmenes; “Der Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches und das Erbe Radbruchs”, en *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch 21.11.1878–23.11.1949*, A. Kaufmann (Hrsg.), Göttingen, 1968, pp. 324-336), no le conviniesen estas fundamentaciones de principios. Kaufmann reaccionó frente a esto ya en 1967 (“Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht”, *Juristenzeitung* (1967), pp. 553-560, también como anexo a *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2. erweiterte Auflage, Heidelberg, 1976, pp. 263 ss.). Asimismo fueron sobre todo estas fundamentaciones las que inspiraron la propuesta de dos de los discípulos de Kaufmann de prescindir, no del principio de culpabilidad, pero sí del reproche penal y, en su lugar, fundamentar las sanciones penales en el principio de proporcionalidad y fijarlas por él (G. ELLSCHEID, W. HASSEMER, “Strafe ohne Vorwurf. Bemerkungen zum Grund strafrechtlicher Haftung”, *Civitas* (1970), pp. 27 ss.). Las respuestas de Kaufmann a esta propuesta y otras parecidas se encuentran, por ejemplo, en “Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, en *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1976, pp. 27-38; “Schuld und Prävention”, en *Festschrift für Rudolf Wassermann zum 60. Geburtstag*, Neuwied, Darmstadt, 1985, pp. 889-897; “Das Problem der Schuld aus strafrechtlich-rechtsphilosophischer Sicht”, en *Schuld, Strafe, Versöhnung. Ein interdisziplinäres Gespräch*, A. Köpcke-Duttler, Mainz, 1990, pp. 34-53; “Die verworfene Vergeltung”, *Süddeutsche Zeitung* 68 (20-21.3.1971), pp. 113 ss.; “Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht”, *Jura* (1986), pp. 225-233.

lo divisase. El juicio de culpabilidad no es el resultado de un proceso de cálculo o de una distanciada apreciación ajena de naturaleza judicial o experta: es nada menos que un juicio de conciencia sustitutivo del juez⁵³.

Se puede entender que este núcleo de la Filosofía del Derecho penal se haya desplegado ampliamente y en diversas direcciones. La bibliografía ofrece ejemplos fácilmente accesibles, que no necesitan ser puestos de relieve aquí de forma expresa.

Quisiera por ello llamar únicamente la atención, por un lado, sobre los numerosos trabajos de la etapa de la obra principal en los que Kaufmann filosofa casi toda su vida sobre el problema concreto del derecho de resistencia⁵⁴; y, por otro lado, poner de relieve una línea especialmente destacada y fructífera que no es tan evidente a simple vista: el incesante esfuerzo de Kaufmann por interpelar continuamente a los fundamentos de la Filosofía del Derecho y presentarlo públicamente para invitar a la reflexión. Esto debió empezar con el deseo de dos revistas cana-

53. Fundamental *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2. erweiterte Auflage, Heidelberg, 1976, pp. 197 ss. De ahí la obligada consecuencia, por ejemplo, de la exigencia de la limitación de un Derecho penal criminal a un Derecho penal nuclear; a un ámbito del mínimo ético, de la moral elemental, porque en los ámbitos de tonalidades grises no es posible una sustitución de la decisión en conciencia (*ibid.*, pp. 198 ss.).

54. Vid, por ejemplo, *Widerstandrecht*, A. Kaufmann (Hrsg.), Darmstadt, 1972 (volumen CLXXIII de la colección *Wege der Forschung*), el ensayo "Das Widerstandsrecht in Geschichte und Grundgesetz", en *Der Rechtsstaat und seine Feinde*, B. Rill, R. Scholz (Hrsg.), Heidelberg, 1986, pp. 57-69, o las concreciones "Das Widerstandsrecht der kleinen Münze", en *Objektivierung des Rechtsdenkens. Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo*, Berlin, 1984, pp. 85-96, "Das Widerstandsrecht der kleinen Münze. Eine Ermahnung zur Zivilcourage", *Süddeutsche Zeitung* 300 (31.12.1981-1.1.1982), pp. 45 ss., que posteriormente fueron continuadas, modificadas, en la lección conmemorativa para la "Weiße Rose" ("Über die Tapferkeit des Herzens", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 77 (1991), pp. 1-16, y que culminan en el libro *Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit. Aspekte des Widerstandsrechts von der antiken Tyrannis bis zum Unrechtsstaat unserer Zeit-vom leidenden Gehorsam bis zum zivilen Ungehorsam im modernen Rechtsstaat*, Heidelberg, 1993.

dienses de informar sobre nuevos desarrollos de la Teoría del Derecho⁵⁵ y la Filosofía del Derecho⁵⁶ alemanas. Con ello se creaba el armazón de un hilo conductor que apareció como librito aquí [en Alemania] en 1971⁵⁷, y que se convirtió en precursor de la *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*⁵⁸ –un cometido muy exitoso, a juzgar por las ediciones y traducciones, pero también muy difícil–⁵⁹. Por un lado, los numerosos colaboradores que rodeaban a Kaufmann podían presentar competentemente diferentes líneas y aproximaciones, pero, por otro, no podían crear una obra uniforme⁶⁰. La *Einführung* debía informar, ilustrar, instruir e incluso preparar para los exámenes, pero está claro que la Filosofía del Derecho no se puede estudiar como los derechos reales. En todo caso, Arthur Kaufmann fue el motor de la iniciativa, y sus contribuciones a lo largo del tiempo –como puede observarse con facilidad en las

55. “Enacted and Judicial Decision in German Jurisprudential Thought”, en colaboración con Winfried HASSEMER, *University of Toronto Law Journal* (1969), pp. 461 ss.

56. “Criteria of Justice”, en colaboración con Winfried HASSEMER, *Ottawa Law Review* 4/2 (1971), pp. 403-420.

57. *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie. Ein Leitfaden*, en colaboración con Winfried Hassemer, Frankfurt am Main, 1971.

58. *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, A. Kaufmann et al. (Hrsg.), Heidelberg, Karlsruhe, 1. Auflage, 1977.

59. Todo esto está expuesto en el prólogo de Kaufmann a la primera edición de *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, cit. (n. 58), pp. VI ss. [N. T.: Entre las ediciones y traducciones mencionadas en el texto está la española, a partir de la quinta edición alemana (1989), publicada con el título *El pensamiento jurídico contemporáneo* (Madrid, Debate, 1992). La edición corrió a cargo de Gregorio Robles y los traductores fueron María José Fariñas Dulce, Juan Antonio García Amado, María Virginia Martínez Bretones, Francesca Puigpelat Martí, Renato Rabbi-Baldi Cabanillas y Gregorio Robles Morchón].

60. De todos modos sólo han participado aquellos colaboradores que se conocen de trabajos científicos en común en el Instituto de Múnich de Kaufmann –una condición en la que precisamente Kaufmann hacía hincapié–.

distintas ediciones— le dieron un impulso mucho más enérgico y la modificaron de forma más importante que las de los coautores. Sobre todo su amplia historia de los problemas de la Filosofía del Derecho⁶¹ ha dado muchos frutos hasta el día de hoy, también fuera de la *Einführung*⁶².

2. Mediaciones

“Si tuviese que formular el pensamiento fundamental que ensambla todas estas contribuciones le llamaría ‘Teoría del Derecho correcto’, y esto en un doble sentido: una teoría de *qué* es Derecho correcto, y una teoría de *cómo* se origina el Derecho correcto en el proceso de comprensión del Derecho —dos teorías que no obstante se condicionan y complementan recíprocamente—”. Con estas palabras⁶³ acompaña Kaufmann una recopilación de sus trabajos iusfilosóficos de los años 1969 a 1983⁶⁴, y formula así a su manera lo que aquí se ha denominado “Teoría hermenéutica del Derecho fundamentada filosóficamente”⁶⁵: una teoría de la mediación entre norma y hecho, de la realización del Derecho en la situación concreta, que se puede remitir a y apoyar en una determinación filosófica del Derecho correcto.

61. *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, A. Kaufmann, W. Hassemer (Hrsg.), 5. neuarbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg, 1989, pp. 25-142.

62. Cfr., por ejemplo, *Theorie der Gerechtigkeit. Problemgeschichtliche Betrachtungen*, Frankfurt am Main, 1984; *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, München, 1989; “Rechtsphilosophie zum Mitdenken”, 9 entregas, *Jura* 1 (1992), pp. 9-15; 4 (1992), 178-186; 5 (1992), pp. 233-238; 6 (1992), pp. 297-305; 7 (1992), pp. 346-351; 9 (1992), pp. 463-470; (1993), s. p.; *Über Gerechtigkeit*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1993.

63. Cursivas en el original.

64. *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, cit. (n. 26), p. VII.

65. *Supra* II, al comienzo.

*Naturrecht und Geschichtlichkeit*⁶⁶ es, a mi modo de ver, la fuente iusfilosófica de la fase temprana⁶⁷, de la que fluye la posterior Teoría del Derecho. *Analogie und Natur der Sache*⁶⁸ es el *opus magnum* de esta línea —una publicación, por lo demás, corta, extremadamente concentrada, de un corte casi programático—. No es casual que los tres artículos de contenido más valioso de la Hermenéutica jurídica filosóficamente fundamentada aparezcan en los homenajes a Engisch⁶⁹, van der Ven⁷⁰ y Larenz⁷¹, y que las derivaciones teórico-jurídicas y metodológicas de esta concepción sean variadas y numerosas⁷².

66. *Naturrecht und Sittlichkeit*, Tübingen, 1957.

67. *Supra* I.2.b.

68. *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Karlsruhe, 1965.

69. "Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik", en *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, A. Kaufmann et al. (Hrsg.), Frankfurt am Main, 1969, pp. 243-273.

70. "Das Recht in Spannungsfeld von Identität und Diferenz. Meditationen über ein unauslotbares Thema", en *Recht als instrument van behoud en vandering. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J. J. M. van der Ven*, Deventer, 1972, pp. 65-74.

71. "Die 'ipsa res iusta'. Gedanken zu einer hermeneutischen Rechts-ontologie", en *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, München, 1973, pp. 27-40. En relación con Larenz cfr. también, por supuesto, los correspondientes juicios de Kaufmann en su ajuste de cuentas con la Filosofía del Derecho nacionalsocialista en su ponencia introductoria en el Congreso de la Sección Alemana de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía social (IVR), en octubre de 1982: "Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus", en *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, H. Rottleuthner (Hrsg.), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* Beiheft 18 (1983), pp. 1-19.

72. Sólo hay que comparar los estudios "Über den Zirkelschluß in der Rechtsfindung", en *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1973, pp. 7-20; "Einige Bemerkungen zur Frage der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft", en *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, pp. 67-73. También en *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, cit. (n. 26), pp. 119-125; "Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 72 (1986), pp. 425-442; "Durch Naturrecht und

¿De qué se trata?

“El Derecho es la correspondencia entre deber ser y ser” —sobre esta piedra angular gira la concepción de *Analogie und Natur der Sache*—⁷³: especialmente puesta de relieve en el texto, rodeada de Teoría del Derecho y metodología, de ontología jurídica y teoría del conocimiento jurídico, y concretada en el tipo como el “punto medio entre lo general y lo especial”⁷⁴, el “intermediario entre la justicia normativa y la justicia real”⁷⁵. A partir de estas descripciones se comprende ya que, para Kaufmann, la realización del Derecho es un proceso, un acontecimiento dinámico que atrae mutuamente los polos; que norma y hecho se necesitan y condicionan recíprocamente; que el Derecho es algo concreto y ajustado a la situación, no el resultado de un cálculo (que ya estaba fijado antes del proceso de cálculo, y que sólo tenía que ser determinado o repasado), sino activado y originado por el acontecimiento, así como por la subjetividad de quien se esfuerza por el Derecho. El problema de los universales, con el que Kaufmann concluye su breve obra⁷⁶, fundamenta e ilumina su concepción desde la perspectiva de la ontología y de la teoría del conocimiento, abriéndole al mismo tiempo nuevos caminos.

Entre los extremos del nominalismo, que sólo puede entender la naturaleza de las cosas, el sentido, lo general, como algo puesto en el mundo por la persona (*post rem*), y del realismo conceptual, que ingenuamente parte de que a las cosas singulares siempre les viene dado ya su sentido (*ante rem*), Kaufmann busca lo general *in re*: no como siempre presente, ni tampoco meramente asignado, sino como accesible, como reconocible con base en una

Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik”, *Juristenzeitung* (1975), pp. 337-341. También en *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, cit. (n. 26), pp. 79-99.

73. “Analogie und ‘Natur der Sache’. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus” (1965), en *Rechtsphilosophie im Wandel*, cit. (n. 17), p. 287.

74. *Ibid.*, p. 310.

75. *Ibid.*, p. 307.

76. *Ibid.*, pp. 316 ss.

analogicidad originaria del ser y del conocimiento. Así, “existe” el tipo o la naturaleza de la cosa no como una parte de nuestra realidad; sin embargo, no por ello son “irreales”: son “la relación existente en la realidad entre ser y deber ser, entre situación vital y cualidad normativa”⁷⁷.

Con ello se ha dado un gran paso. Kaufmann lo continuará posteriormente en dos direcciones.

El Derecho y la realización del Derecho se han puesto en movimiento; han sido concebidos como proceso. El Derecho correcto no es canon, sino tarea; el camino hacia él no es discrecional, pero tampoco acotado. El sujeto recognoscente no se crea su mundo, pero participa productivamente en la creación de su mundo –y por ello, el mundo común–. Este concepto del mundo y del Derecho es tan complejo como abierto y de apertura. Tiene un fundamento ontológico, pero no se trata de una ontología de las sustancias, sino –ésta es la primera dirección del pensamiento posterior– de una ontología de las relaciones: de las referencias de cambio y de los procesos, no de las predeterminaciones⁷⁸.

Este concepto –y ésta es la segunda dirección– abre la comprensión que tienen del proceso de realización del Derecho la Teoría del Derecho y la metodología, y la enriquece con la dimensión hermenéutica: quien comprende y aplica el Derecho lo hace inevitablemente sobre el cuadro de sus precomprensiones. Estas precomprensiones son también subjetivas, personales, pertenecientes al individuo; sin embargo, no pueden conducir a un resultado subjetivo, espontáneo, libremente modificable o abiertamente negociable. Esto es, a Kaufmann la verdad no se la garantiza el consenso –fáctico–, sino la convergencia de los resultados

77. *Ibid.*, p. 318.

78. El texto más importante es “Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen. Grundlegung einer personalen Rechtstheorie”, *Rechtstheorie* 17 (1986), pp. 257-276.

que diversos sujetos, independientes entre sí, han encontrado sobre el mismo objeto⁷⁹.

Si se condensa de manera tan radical como se acaba de hacer aquí la teoría ontológicamente fundamentada de la mediación entre hecho y norma, entre realidad y valor con la ontología de las relaciones y la teoría de la verdad como correspondencia, se puede apreciar –hasta cierto punto tras los textos– el *movens* y el *proprium* del pensamiento científico de Kaufmann. Este pensamiento es radical, porque no reconoce certezas materiales incuestionables; está en movimiento, porque se deja guiar por estructuras polares, esto es, motrices; es –¿a pesar de o por ello?– estimulado y fortalecido por una confianza en la buena ordenación del mundo y su accesibilidad para el ser humano.

3. Concreciones

Las concreciones de la teoría y la praxis científicas, que caracterizan la obra principal de Kaufmann tanto como lo hacen las obras iusfilosóficas y teórico-jurídicas, no muestran ni por asomo el convencimiento de los trabajos de fundamentación. Al contrario: aquí, aunque por supuesto se fijen puntos esenciales, se manifiesta un interés despierto y de contenido cambiante por el –mudable– “entorno” teórico y práctico⁸⁰.

79. El texto más importante es “Über das Problem der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis”, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, pp. 1-13. Kaufmann analiza ahí (especialmente pp. 9 ss.) la teoría consensual de la verdad, y la confronta con una teoría procedimental de la correspondencia.

80. A este entorno pertenecen también otras culturas jurídicas. Kaufmann viajó mucho, también en el interés científico. Casi todos los artículos han sido traducidos, la mayoría varias veces, tal como se aprecia en la bibliografía. Algunos trabajos (cfr. *Aktuelle Probleme der Rechtsphilosophie. Gesammelte Reden und Aufsätze*, Tokyo, 1968 (en lengua japonesa); *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Strafrechtswissenschaft. Gesammelte*

Esta impresión se transmite con mayor claridad en la actividad editora. Ahí, junto con los homenajes⁸¹ previsibles por las circunstancias, en la ya mencionada *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*⁸² o en los escritos universitarios muniqueños⁸³ se encuentran algunos trazos característicos.

Aquí puede percibirse con especial claridad la intensidad con la que Kaufmann se ocupó del legado científico de Radbruch, y también de su memoria. Los puntos de inflexión vienen marcados por dos tipos de literatura totalmente diferentes. De una parte, las ambiciosas, laboriosas, minuciosas y enervantes obras completas, distribuidas en veinte volúmenes⁸⁴. De otra, el valioso volumen *Aphorismen zur Rechtsweisheit*, que agrupa, seleccionados con pericia y afecto, los *Weisheitssprüche und Spruchweisheiten über das Recht* de Radbruch⁸⁵. Además, en 1968 Kaufmann había

Reden, Tokyo, 1986 (en lengua japonesa); *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, Taipei, 1986 (en lengua china)) fueron publicados originalmente en lengua extranjera.

81. *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, A. Kaufmann et al. (Hrsg.), Frankfurt am Main, 1969; *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, A. Kaufmann et al. (Hrsg.), München, 1979; *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag*, A. Kaufmann et al. (Hrsg.), Frankfurt am Main, 1988. En relación con esto cfr. también la edición de las obras de Engisch sobre Teoría del Derecho: *Karl Engisch: Beiträge zur Rechtstheorie*, A. Kaufmann et al. (Hrsg.), Frankfurt am Main, 1984.

82. *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, A. Kaufmann, W. Hassemer (Hrsg.), Heidelberg, Karlsruhe, 1977; 6. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg, 1992.

83. *Münchener Universitätsschriften-Juristische Fakultät. Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, A. Kaufmann et al. (Hrsg.), Berlin, desde 1971; Ebelsbach, desde 1977.

84. *Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe*, A. Kaufmann (Hrsg.), 20 volúmenes, Heidelberg, desde 1987. En relación con esto, hay que volver a mencionar la biografía de Radbruch: *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, München, Zürich, 1987.

85. *Gustav Radbruch: Aphorismen zur Rechtsweisheit*, A. Kaufmann (Hrsg.), Göttingen, 1963, p. 5 de la introducción. El libro tiene un índice de

publicado un escrito conmemorativo de Radbruch⁸⁶, y a través de los años editó, prologó y comentó una y otra vez su obra⁸⁷.

Las otras ediciones de la época demuestran los intereses científicos de Kaufmann, de amplio espectro –y siempre relacionados con los fundamentos–. Hay un escrito programático⁸⁸, y otro más bien documental⁸⁹, sobre Teoría del Derecho y metodología; varios volúmenes en el ámbito de la Política jurídica y la Sociología del Derecho⁹⁰; publicaciones de formación y de exámenes⁹¹.

fuentes y está dividido en un total de 22 capítulos (desde “Paradojas de la vida” hasta “Relativismo”, “Política”, “Religión”, pasando por “Juristas y jurisprudencia”). Es comprensible que el libro haya tenido tres ediciones japonesas (lo que no se comprende es que sólo haya tenido una edición alemana).

86. *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch 21.11.1878-23.11.1949*, A. Kaufmann (Hrsg.), Göttingen, 1968. En relación con esto también, por ejemplo, “Radbruch, Gustav”, en *Staatslexikon-Recht, Wirtschaft, Gesellschaft*, 6. Auflage, Freiburg, Basel, Wien, 1961, volumen 6, columnas 579-582.

87. Cfr., por ejemplo, Gustav RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 3. Auflage, A. Kaufmann (Hrsg.), Göttingen, 1965; el trabajo de habilitación: Gustav RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik. Im Anhang: Zur Systematik der Verbrechenslehre-sowie: Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, A. Kaufmann (Hrsg.), Darmstadt, 1967; *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina). Erläutert von Gustav Radbruch*, A. Kaufmann (Hrsg.), 3. Auflage, Suttgart, 1967; Gustav RADBRUCH, *Kulturlehre des Sozialismus. Ideologische Betrachtungen*, 4. Auflage, A. Kaufmann (Hrsg.), Frankfurt am Main, 1970. En relación con esto resulta también significativo “Erwiderung: Religiöse Intoleranz? Zu: Norbert Hoerster, *Juristenzeitung* (1989), p. 382 (betr. Radbruchs religiöse Einstellung)”, *Juristenzeitung* (1989), pp. 681-682.

88. *Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis*, A. Kaufmann (Hrsg.), Karlsruhe, 1971.

89. *Argumentation und Recht*, A. Kaufmann et al. (Hrsg.), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* Beiheft 14 (1980), de un Congreso de la Sección Alemana de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía social (IVR).

90. *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, A. Kaufmann et al. (Hrsg.), Opladen, desde 1970; *Schriftenreihe: Rechtspolitik und Gesetzgebung, Band 1: GmbH-Reform*, A. Kaufmann et al. (Hrsg.), Bad Homburg v.d.H.,

Mientras que el entonces novedoso fenómeno del tratamiento electrónico de datos prometía al principio más logros teórico-jurídicos⁹² en el pensamiento de Arthur Kaufmann de los que finalmente rindió⁹³, los volúmenes sobre el derecho de resistencia⁹⁴ y sobre la reforma de la ejecución penal⁹⁵ pueden dar fe del pensamiento de Kaufmann de esa época: ciencia jurídica con fundamento filosófico e intención práctica.

La concreción más perfilada del concepto de justicia penal de Arthur Kaufmann se encuentra –durante la fase de la obra principal– en sus trabajos político-criminales. Dentro de éstos, a su vez, destacan los proyectos de los llamados profesores alternativos⁹⁶. Kaufmann asesoró y fue coautor de estos proyectos⁹⁷;

Berlin, Zürich, 1970; *Band 2: Eherechts-Reform* A. Kaufmann (Hrsg.), Frankfurt am Main, 1971.

91. *Wahlfachexaminatorium Rechtsphilosophie*, A. Kaufmann (Hrsg.), Karlsruhe, 1976; *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, A. Kaufmann, W. Hassemer (Hrsg.), Heidelberg, Karlsruhe, 1977; 6. neubearbeitete und erweiterte Auflage, 1992. En relación con esto cfr. también *Das Studium an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München*, en colaboración con Ethel Behrendt, München, 1971 y *Fachstudienführer Rechtswissenschaft*, en colaboración con Ethel Behrendt, Grafenau-Döfflingen, 1973; 2. unveränderte Auflage, Grafenau-Döfflingen, 1977.

92. Léase, por ejemplo, el proyecto “Elektronische Datenverarbeitung im Recht. Chancen und Gefahren”, *Münchener Ringvorlesung EDV und Recht. Möglichkeiten und Probleme*, A. Kaufmann (Hrsg.), Berlin, 1973, pp. 1-7.

93. Cfr. el interés, que quedó como algo aislado, documentado en *Münchener Ringvorlesung EDV und Recht. Möglichkeiten und Probleme*, A. Kaufmann (Hrsg.), Berlin, 1973.

94. *Widerstandsrecht (Wege der Forschung, volumen CLXXIII)*, A. Kaufmann (Hrsg.), Darmstadt, 1972.

95. *Die Strafvollzugsreform. Eine kritische Bestandsaufnahme*, A. Kaufmann (Hrsg.), Karlsruhe, 1971.

96. Las manifestaciones literarias del interés político (cfr., por ejemplo, “Dem Provisorium Bonn haushoch überlegen (zur Frage von Deutschlands künftiger Hauptstadt)”, *Süddeutsche Zeitung* 46/176 (2.8.1990), p. 26) y, sobre todo, del político-jurídico, están reseñadas en diversos lugares en el índice bibliográfico; cfr., por ejemplo, “Todesstrafe”, en *Staatslexikon-Recht*,

difundió y defendió, también bibliográficamente, sus contenidos y pretensiones⁹⁸.

Este grupo tomó la palabra en una época en que el espíritu de su tiempo todavía no estaba tan sordo como hoy respecto a propuestas de una política criminal liberal y progresiva, e influyó considerablemente en la política criminal de la Alemania Federal,

Wirtschaft, Gesellschaft, 6. Auflage, Freiburg, Basel, Wien, 1962, volumen 7, columnas 1002-1007; “Der Schutz von Ehe und Familie im kommenden Strafrecht”, en *Tagung der Ersten Arbeitsgruppe der Rabanus-Maurus-Akademie*, Königstein, 1970, pp. 2 ss.; “Über die lebenslange Freiheitsstrafe”, en *Gedächtnisschrift für Ikuo Umeda*, Tokyo, 1976, pp. 218 ss.; “Für und wider die Strafrechtsreform”, *Saarbrücker Zeitung* 50 (29.2.1964), 52 (3.3.1964), 58 (10.3.1964) y 59 (11.3.1964); “Gedanken zur Strafrechtsreform”, *Civitas. Jahrbuch für christliche Gesellschaftsordnung* (1964), pp. 22-43; “Zur Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 76 (1964), pp. 543-581, pero también, por ejemplo, “Offener Brief an Bundesjustizminister Dr. Bucher (betreffend Streit um die Verjährungsfrist)”, *Saarbrücker Zeitung* 34 (10.2.1965), p. 3; “Offener Brief an Julius Kardinal Döpfner (betreffend § 218 StGB)”, en *Das Abtreibungsverbot des § 218*, J. Baumann (Hrsg.), Neuwied, Berlin, 1971, pp. 149-153; “Stellungnahme zu § 218 StGB”, *Der Spiegel* 49 (29.11.1971), pp. 8 ss.; etc.

97. Cfr. por ejemplo *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, en colaboración con Jürgen Baumann et al., Tübingen, 1966, 6 volúmenes; *Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes*, en colaboración con Gunther Arzt et al., Tübingen, 1973; *Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl*, en colaboración con Gunther Arzt et al., Tübingen, 1974; *Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Betriebsjustiz*, en colaboración con Gunther Arzt et al., Tübingen, 1976; *Alternativ-Entwurf. Novelle zur Strafprozeßordnung. Reform der Hauptverhandlung*, en colaboración con Jürgen Baumann et al., Tübingen, 1985; *Aternativenentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe*, en colaboración con Jürgen Baumann et al., Stuttgart, New York, 1986.

98. Por ejemplo “Der Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches und das Erbe Radbruchs”, en *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch 21.11.1878-23.11.1949*, Arthur Kaufmann (Hrsg.), Göttingen, 1968, de nuevo en relación con Radbruch; “Interview betreffend Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil: Delikte gegen die Person. Hier: Reform der Abtreibungsdelikte”, *Eltern* 6 (1970), pp. 85 ss., y muchas otras “misceláneas”. [N. T.: El último apartado de la relación bibliográfica de publicaciones de Arthur Kaufmann incluida en el volumen de homenaje que incluye este artículo lleva por rúbrica *Miscelánea*].

sobre todo en los años setenta –y esto, en la práctica, quiere decir también en la de la época posterior–. El programa de descriminalización de la Parte especial y de consecuencias jurídicas penales humanas y orientadas a las consecuencias de la Parte general del Derecho penal se ajustaba con naturalidad al pensamiento del Kaufmann penalista⁹⁹ –aunque no puede negarse ni perderse de vista que su concepción fundamental del principio de culpabilidad¹⁰⁰ tenía que chocar con exigencias de la época (y, por supuesto también, de los proyectos alternativos)¹⁰¹ determinadas por la práctica y la resocialización–. No hizo desaparecer con argumentaciones estas exigencias –como contradictorias con la pura teoría– sino que las tomó en serio, revisó su pensamiento sobre ellas, las corrigió, modificó o fortaleció.

III. COSECHA Y NUEVOS CAMINOS

1. *Una nueva época*

En mi opinión, en la segunda mitad de la década de los ochenta empieza otra vez una nueva época. Puede ser que la despedida de Kaufmann de su cátedra en el verano de 1988 haya marcado una cesura. Pronunció su emocionante –en ambos sen-

99. Tómese como ejemplo de este pensamiento –y también de sus antecedentes– el trabajo sobre el principio de subsidiariedad en el Derecho penal: “Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht”, en *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1974, pp. 89-107.

100. Para ello, *supra*, en especial II.1.

101. Apreciable inmejorablemente en “Gedanken zur Strafrechtsreform”, *Civitas. Jahrbuch für christliche Gesellschaftsordnung* (1964), pp. 22-43 (VI), “Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht”, *Juristenzeitung* (1967), pp. 553-560; y “Schuldstrafrecht und Resozialisierung”, *Radius* 2 (1970), pp. 37 ss.

tidos de la palabra— lección de despedida de Múnich¹⁰² el 27 de julio de ese año ante un gran auditorio, y es evidente que se preparó para ello durante mucho tiempo, también bibliográfica y científicamente¹⁰³. Esta fase podría haber dado la oportunidad de mirar hacia atrás, acentuar algunas cosas de otra manera, empezar de nuevo otras.

También esta nueva época tiene sus puntos esenciales. Sólo que son menos esenciales en cuanto al asunto (desde la dogmática penal hasta la Filosofía del Derecho, pasando por la Teoría del Derecho) que en lo que hace referencia al modo de trabajo científico y de publicación. Lo que distingue esta época —medido en resultados bibliográficos— no es tanto el profundizar en anteriores intereses (lo que, por supuesto, también se da¹⁰⁴) sino más bien una nueva orientación ante la ciencia y sus posibilidades¹⁰⁵. Las publicaciones se reflejan ahora en el eje temporal. De una parte, guardan una estrecha relación con los puntos esenciales de la época anterior y, de otra, alumbran nuevos campos con un vigor y una intensidad que resultan totalmente desconocidos en la Filosofía del Derecho y en la ciencia jurídico-penal actuales.

102. *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit. Abschiedsvorlesung*, Heidelberg, 1990; 2. durch ein Nachwort erweiterte Auflage, Heidelberg, 1992: un texto central.

103. *Ibid.*, pp. VII ss. manifiestan en el prólogo de la primera edición que durante la preparación del discurso de despedida aún se maduraron o escribieron los siguientes trabajos: “Recht und Rationalität. Gedanken beim Wiederlesen der Schriften von Werner Maihofer”, en *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, 1988, pp. 11-39; “Rechtsphilosophie”, en *Staatslexikon-Recht, Wirtschaft, Gesellschaft*, 7. Auflage, Freiburg, Basel, Wien, 1988, volumen 4, columnas 705-719; *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, München, 1989; *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, A. Kaufmann, W. Hassemer (Hrsg.), 5. neuarbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg, 1989.

104. Al respecto, de inmediato *infra* III.2.

105. Al respecto, de inmediato *infra* III.3.

2. Cosecha

Obviamente no había sido hasta ahora¹⁰⁶ época de publicaciones que resumieran trabajos anteriores¹⁰⁷; ahora, en cambio, aparecen en gran cantidad declaraciones accesibles, concretas y pensadas para un público más amplio¹⁰⁸. Pero esto sólo es “cosecha” en un sentido aparente.

En relación con esto, la práctica de “popularizar” (en sentido positivo) los resultados del trabajo científico resulta ya más evidente: trasladarlos a otros contextos, hacer una crítica actual, cuestionar concretamente su mensaje para la sociedad, el Estado y su política actuales. Con mayor o menor solidez, Kaufmann siempre hizo esto. A mi juicio, desde mediados de los años ochenta reforzó esta línea y prestó mayor atención a las consecuencias y

106. Recopilaciones anteriores en lengua alemana: *Schuld und Strafe. Studien zur Strafrechtsdogmatik*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1966; *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, Frankfurt am Main, 1972; 2. erweiterte Auflage, 1975; *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1983; *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik. Sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1984; 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 1992.

107. Cfr. *Über Gerechtigkeit*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1993.

108. Bastan, como ejemplo, los trabajos “Hegelianismus”, en *Ergänzbare Lexikon des Rechts* 18, Neuwied, 1986; “Historische Rechtsschule”, en *Ergänzbare Lexikon des Rechts* 19, Neuwied, 1986; “Kantianismus”, en *Ergänzbare Lexikon des Rechts* 19, Neuwied, 1986; “Recht und Ethik”, en *Handwörterbuch religiöser Gegenwartsfragen*, U. Ruh, D. Seeber, R. Walter (Hrsg.), Freiburg, Basel, Wien, 1986, pp. 381-386; “von Feuerbach, P. J. A.”, en *Staatslexikon-Recht, Wirtschaft, Gesellschaft*, 7. Auflage, Freiburg, Basel, Wien, 1988, volumen 2, columnas 565-567; “Handlungstheorie im Strafrecht”, en *Staatslexikon-Recht, Wirtschaft, Gesellschaft*, 7. Auflage, Freiburg, Basel, Wien, 1988, volumen 2, columnas 1190-1192, todos de 1986. Al respecto, es también significativa la serie “Rechtsphilosophie zum Mitdenken”, 9 entregas, *Jura* 1 (1992), pp. 9-15; 4 (1992), 178-186; 5 (1992), pp. 233-238; 6 (1992), pp. 297-305; 7 (1992), pp. 346-351; 9 (1992), pp. 463-470; (1993), s. p., en una difundida revista de formación jurídica.

los contextos políticos de esta clase de publicaciones¹⁰⁹; las situó más selectivamente y eligió más conscientemente a su público.

En un sentido más exigente y característico, la “cosecha” se obtuvo específicamente, por supuesto, en los campos que Arthur Kaufmann había cultivado durante toda su vida científica¹¹⁰. Todos los trabajos que se imponen como ejemplo desde mediados de los años ochenta están caracterizados de forma análoga: echan una mirada retrospectiva, retoman lo anterior y lo trasponen en relación con el respectivo contexto actual; se concentran en cuestiones fundamentales, tratando, por ejemplo, más temas iusfilosóficos que de dogmática penal, y acreditan que la obra científica de Kaufmann –si bien por diversas vías¹¹¹– ha seguido el mismo rumbo desde los años cincuenta.

La más intensamente representada es la Filosofía del Derecho, con una retrospectiva personalizada y fundamentada en los hechos¹¹² y un estudio sobre el Derecho justo¹¹³. Se tiende el

109. El índice bibliográfico contiene numerosas pruebas de tales actividades, precisamente en la categoría “Miscelánea”. Sólo destaco los aspectos prácticos de la justicia (“Gerechtigkeit. Aspekte aus der Sicht von Rechtsphilosophie und Rechtspraxis”, en *Gerechtigkeit. Aktuelle Dimensionen einer Grundkategorie*, T. Evers (Hrsg.), Hofgeismar, 1989, pp. 7 ss.; “Recht und Unrecht”, en *Denkanstöße '90*, H. Bohnet-von der Thüsen, München, Zürich, 1989, pp. 115 ss., ambos de 1989); “Verwerflichkeit?”, en *Denkanstöße '91. Ein Lesebuch aus Philosophie, Natur- und Humanwissenschaften*, H. Bonnet-von der Thüsen (Hrsg.), München, Zürich, 1990, pp. 76 ss., de 1990; y una de sus muchas manifestaciones sobre la interrupción voluntaria del embarazo: “Schwangerschaftsabbruch und das Prinzip Verantwortung”, en *Tutzingen Materialien Nr. 68: § 218-Ein Grenzfall des Rechts*, Susanne Heil (Hrsg.), Tutzing, 1991, pp. 45 ss.

110. Al respecto vid. *supra* I.2.

111. Esto puede verse bien, por ejemplo, en la aportación de Kaufmann a la Filosofía del Derecho comparada del año 1991: “Vergleichende Rechtsphilosophie-am Beispiel der klassischen chinesischen und klassischen abendländischen Rechtskultur”, en *Festschrift für Werner Lorenz zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1991, pp. 635-648.

112. “Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie”, en *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute. Beiträge zur Standortbestimmung*,

punte a las cuestiones penales fundamentales sobre el teorema central de la pena justa¹¹⁴; la culpabilidad se analiza a la luz del conocimiento iusfilosófico¹¹⁵ y se concreta de nuevo en el viejo problema penal del error¹¹⁶. Asimismo, se retoman y continúan bajo nuevos aspectos¹¹⁷ los tempranos estudios sobre la constatación de la causalidad en el Derecho penal¹¹⁸. Y, una vez más, se presenta a Gustav Radbruch, esta vez en lo que hace a su repercusión en la Filosofía del Derecho coreana¹¹⁹.

Robert Alexy et al. (Hrsg.), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft* 44 (1991), pp. 144-162.

113. "Richtiges Recht. Eine Skizze", *Universitas* 45 (1990), pp. 150-161.

114. "Über die gerechte Strafe. Ein rechtsphilosophischer Essay", en *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Berlin, New York, 1986, pp. 425-431.

115. "Das Problem der Schuld aus strafrechtlich-rechtsphilosophischer Sicht", en *Schuld, Strafe, Versöhnung. Ein interdisziplinäres Gespräch*, A. Köpcke-Duttler (Hrsg.), Mainz, 1990, pp. 34-53.

116. "Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum", en *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlin, New York, 1987, pp. 185-197.

117. "Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie", en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1985, 1, pp. 273-283.

118. "Die Bedeutung hypothetischer Erfolgursachen in Strafrecht", en *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1961, pp. 200-231.

119. "Gustav Radbruch und die koreanische Rechtsphilosophie. Eine Skizze anhand dreier Dissertationen", en *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Tokyo, 1985, pp. 112-117. Radbruch desempeña también un importante papel en las publicaciones de Kaufmann de la época reciente. No hay más que ver "Gustav Radbruch. Leben und Werk", en *Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe*, A. Kaufmann (Hrsg.), volumen 1. *Rechtsphilosophie I*, A. Kaufmann (bearbeitet von), Heidelberg, 1987, pp. 7-88; "Radbruch, Gustav", en *Staatslexikon-Recht, Wirtschaft, Gesellschaft*, 7. Auflage, Freiburg, Basel, Wien, 1988, volumen 4, columnas 624-627; "Gustav Radbruch und Helga Einsele: Um einen humanen Strafvollzug", en *Schwimmen gegen den Strom um der Überzeugung willen. Ein Festschrift für Helga Einsele*, Frankfurt am Main, 1990, pp. 11 ss.; "Die Bedeutung Gustav Radbruchs für die Rechtsphilosophie im Ausgang des Kaisersreichs", en *Deutsche Rechts- und Sozialphilosophie um 1900. Zugleich ein Beitrag zur Gründungsgeschichte der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*, Gerhard Sprenger (Hrsg.), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft* 43 (1991), pp. 101-110;

Se advierte que esta cosecha es rica, está concentrada y, aun así, presenta formas diversas; reúne lo que ocupaba a Kaufmann justo al comienzo de su producción científica, y lo llena con los conocimientos –y los nuevos interrogantes– que se han incorporado en el curso de los años.

3. *Nuevos caminos*

Sería superfluo exponer con detalle que –y por qué– los nuevos caminos que se abren ahora no comienzan en cualquier parte, sino que están enteramente relacionados con los puntos esenciales que han tenido validez para Arthur Kaufmann durante toda su vida científica; no ha habido un giro radical en él. Lo nuevo, perceptible desde aproximadamente mediados de los años ochenta, se debe sobre todo, de forma más o menos evidente, a la obra científica anterior.

a) *Fundamentación del Derecho, praxis jurídica, política jurídica, política*

Tal relación se hace especialmente patente (y al mismo tiempo se convierte en lo nuevo) en la obra más importante –a mi juicio– publicada por Arthur Kaufmann en esta “nueva época”: en su apasionado y rigurosamente fundamentado alegato en defensa de una paz justa¹²⁰. Naturalmente, allí recurre a las fuentes cono-

“Gustav Radbruch: Rechtsphilosophie”, en *Kindlers Neues Literatur Lexikon*, Walter Jens (Hrsg.), volumen 13, 1991, pp. 886-887; “Demokratie-Rechtsstaat-Menschenwürde. Zur Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs”, en *Gustav Radbruch und die Kieler Volkshule; Gedenkschrift zum 70jährigen Bestehen der Volkshochschule der Landeshauptstadt*, 1990, pp. 24 ss.

120. *Gerechtigkeit-der vergessene Weg zum Frieden. Gedanken eines Rechtshilosophen zu einem politischen Thema*, München, Zürich, 1986.

cidas: la filosofía del derecho de resistencia, la teoría de la justicia, la criminología y la dogmática penal del “poder”, y la teoría del conocimiento de una “comunidad de comunicación de seres racionales”. E igualmente había resonado ya alguna vez el tono subjetivo, agresivo, a ratos radical en el que lo defiende¹²¹. Pero es novedoso el viraje hacia el público en general, el lenguaje modificado para ello, el desarrollo de otros temas como la Política exterior, la investigación bélica o la tecnología nuclear y, sobre todo, la firmeza en el juicio político. A mi modo de ver, en este libro asoma casi todo lo que, de algún modo, puede caracterizar estos “nuevos caminos”.

Se abren también nuevos caminos en los campos clásicos de la Filosofía del Derecho. Después de haberse dejado instruir iusfilosóficamente (de forma crítica) por la Teología ya en un período anterior¹²², Arthur Kaufmann hace fructificar de nuevo teoremas teológicos para cuestiones iusfilosóficas fundamentales¹²³. En la Filosofía del Derecho¹²⁴, e igualmente en la Teoría del Derecho¹²⁵, se refuerzan los elementos del pensamiento dinámico, concreto y ajustado a su tiempo.

121. Esto se puede (¡no como paradoja!) percibir muy bien, precisamente, en un tema como la tolerancia, que Kaufmann trata (“Die Idee der Toleranz aus rechtsphilosophischer Sicht”, en *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, Köln, 1983, volumen 1, pp. 97-112) con gran firmeza (*ibid*, en especial pp. 105 ss.).

122. La publicación más importante se encuentra en “Gesetz und Evangelium”, en *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, Zürich, 1984, pp. 61-73.

123. *Gesetz und Evangelium*, en colaboración con el teólogo muniqués Wolfhart Pannenberg, München, 1986.

124. Son centrales los trabajos ya mencionados sobre las teorías procedimentales de la justicia (*Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, München, 1989) y sobre la Filosofía del Derecho en la posmodernidad (*Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit. Abschiedsvorlesung*, Heidelberg, 1990; 2. durch ein Nachwort erweiterte Auflage, Heidelberg, 1992).

125. Es central la ponencia de Saarbrücken “Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken”, en *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, U. Herberger, U. Neumann, H. Rüssman (Hrsg.), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* Beiheft 45 (1992), pp. 77-100; aparte de esto,

Ciertamente, Kaufmann nunca fue amigo de concepciones científicas ontológico-sustanciales, orientadas por contenidos eternos. Su imagen de la Metafísica no tiene nada del inmovilismo y la sabihondez por las que sectores de la Filosofía, con razón, la desacreditan hasta el día de hoy. Sus modelos predilectos fueron siempre de amplio espectro, estaban en movimiento. Mas ahora esta vitalidad del pensamiento fundamental en la Filosofía del Derecho y la metodología se ve una vez más reforzada y elucidada.

Si estoy en lo cierto, vehículo de este desarrollo son dos conceptos básicos del mundo, del conocimiento humano y de la vida buena, que están estrechamente relacionados el uno con el otro: persona y relación¹²⁶. El Derecho y la persona convienen en un atributo fundamental: ambos están constituidos por las relaciones *ad alterum*. Como indica una antigua tradición iusfilosófica, el Derecho nunca se relaciona con el ser humano como individuo, sino siempre con él en su relación con los otros, en su socialización; ciertamente sólo puede originarse mediante esta socialización. Por su parte, no se puede pensar en la persona sin una relación personal con los otros. Aquí el amplio, polar y estimulante pensamiento de Arthur Kaufmann recibe y genera nuevos impulsos.

son importantes “Die Geschichtlichkeit des Rechts unter rechtstheoretisch-methodologischem Aspekt”, en *Philosophy of Law in the History of Human Thought*, S. Panou, G. Bozonis, D. Georgas, P. Trappe (Hrsg.), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Supplementum II, Stuttgart, 1988, pp. 114-119; “Über das Problem der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis”, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, pp. 1-13; “Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen. Grundlegung einer personalen Rechtstheorie”, *Rechtstheorie* 17 (1986), pp. 257-276.

126. El texto central es “Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen. Grundlegung einer personalen Rechtstheorie”, *Rechtstheorie* 17 (1986), pp. 257-276.

Estos impulsos son apreciables en diversas direcciones. En los últimos años hay una cascada de intervenciones bibliográficas de Kaufmann sobre cuestiones en las que el Derecho deviene concreto y político¹²⁷: crítica perfilada a la política jurídicopenal estatal frente a los manifestantes¹²⁸ y a la postura en cuestiones penales de la Iglesia católica¹²⁹; declaraciones sobre la censura¹³⁰ y la eutanasia¹³¹; pero, sobre todo, concepciones sobre el gran campo iusfilosófico y jurídico-político de la injusticia estatal, el derecho de resistencia, la validez del Derecho y la conciencia¹³².

127. Compárense también las numerosas misceláneas sobre problemas jurídicos y políticos concretos (por ejemplo desde “Humanae vitae. Eine inhumane Enzyklika”, *Süddeutsche Zeitung* 40/190 (1984), p. 91).

128. “Bloße Teilnahme nicht bestrafen. Zu § 125 StGB”, en *Pro/Contra. Das MeinungsMagazin*, Ausgabe 6 (junio de 1988), p. 12, sobre perturbación del orden público; “Der BGH und die Sitzblockade”, *Neue Juristische Wochenschrift* (1988), pp. 2581-2584, acerca de la coacción en sentadas.

129. “Moderne Rechtsprobleme und die katholischen Kirche unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts”, en *Kirche im Kontext der modernen Gesellschaft. Zur Strukturfrage der römisch-katholischen Kirche*, H. J. Pottmeyer (Hrsg.), (*Schriftenreihe der katholischen Akademie der Erzdiözese Freiburg*), München, Zürich, 1989, pp. 35 ss.; “Moderne Strafrechtsprobleme und die katholische Kirche”, *The Review of Comparative Law* 1 (1988), pp. 125-147. En relación –muy amplia– con esto, cfr. también “Offener Brief an Julius Kardinal Döpfner (betreffend § 218 StGB)”, en *Das Abtreibungsverbot des § 218*, J. Baumann (Hrsg.), Neuwied, Berlin, 1971, pp. 149-153; “Wer ist Jesus von Nazareth-für mich?”, *Mitten in der Welt. Hefte zum christlichen Leben* 10 (1971/72), p. 72; o “Unchristliche Schaltstellen der Macht”, *Süddeutsche Zeitung* 185 (14/15.8.1986), p. 23.

130. “Rechtsphilosophische und rechtspolitische Aspekte der Zensur in der Bundesrepublik Deutschland”, en *Freiburger Akademiearbeiten 1979-1989*, D. Bader (Hrsg.), München, Zürich, 1989, pp. 397-415.

131. “Gutachten zur ‘Früheuthanasie’”, *Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe* 6/2 (1982), pp. 21 ss.; “Sterbenshilfe kann nur Leidenshilfe sein”, *Ärztliche Praxis* 38/50 (24.6.1986), p. 1719; antes ya “Euthanasie-Selbsttötung-Tötung auf Verlangen”, en *Contemporary Problems in Criminal Justice. Essays in honour of Professor Shigemitsu Dando*, Tokyo, 1983, pp. 97 ss.

132. Por ejemplo *Das Gewissen und das Problem der Rechtsgeltung*, (*Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe*, volumen 190),

En estas publicaciones Kaufmann aparece, mucho más claramente que antes, como sujeto político, como ciudadano, pero sin desistir de la pretensión científica de sus manifestaciones públicas, y esto le confiere una vez más vigor a su opinión. (No puedo probarlo, pero estoy seguro de que esta mezcla de modos de discurso público no le genera únicamente amigos, tanto en el campo de la ciencia como en los sectores afectados del público).

b) *Entorno del Derecho*

Un tipo completamente distinto de nuevos caminos conduce en los últimos años más allá del ámbito del Derecho penal y la Filosofía del Derecho. Como es lógico, a él pertenecen, en primer lugar, los ensayos sobre literatura escogida¹³³. Pero, sobre todo,

Heidelberg, 1990; *Von Ungehorsam gegen die Obrigkeit. Aspekte der Widerstandsrechts von der Antiken bis zum Unrechtsstaat unserer Zeit-vom leidenden Gehorsam bis zum zivilen Ungehorsam in modernen Rechtsstaat*, Heidelberg, 1991; "Das Widerstandsrecht in Geschichte und Grundgesetz", en *Der Rechtsstaat und seine Feinde*, R. Bill, R. Scholz (Hrsg.), Heidelberg, 1986, pp. 57-69; "Das Gewissen und das Problem der Rechtsgeltung", en *Rechtsentwicklung und Rechtskultur. Heinrich Scholler zum 60. Geburtstag*, Heidelberg, 1991, pp. 5 ss.; "Widerstand im 'Dritten Reich'-am Beispiel der Münchner Studentengruppe 'Weiße Rose'", en *Praktische Vernunft und Theorie der Gerechtigkeit*, W. Maihofer, G. Sprenger (Hrsg.), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* Beiheft 45 (1992), pp. 75-86; "National Socialism and German Jurisprudence from 1933 to 1945", *Cardozo Law Review* 9/6 (1988), pp. 1629-1649; "Über die Tapferkeit des Herzens (Gedächtnisvorlesung für die 'Weiße Rose')", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 77 (1991), pp. 1-16; "Recht und Gewissen. Bemerkungen zum Problem der Rechtsgeltung", *Persona y Derecho* 24 (1991/1) *Escritos en memoria de Michel Villey* I, pp. 131-149.

133. Cfr. *Beziehungen zwischen Recht und Novellistik*, Stuttgart, München, Hannover, 1987 ("Beziehungen zwischen Recht und Novellistik", *Neue Juristische Wochenschrift* (1982), pp. 606-610); *Recht und Gnade in der Literatur*, Stuttgart, München, Hannover, 1991 ("Recht und Gnade in der Literatur", *Keio Law Review. Special Issue. In Commemoration of the 125th Anniversary of Keio University* 4 (Tokyo, 1986), pp. 1-21. También en *Neue*

ahora se continúa, con mayor diversidad y riqueza que antes, lo que con antelación había ocupado a Kaufmann desde la perspectiva de la ciencia penal en el contexto de la salud humana¹³⁴.

De un seminario muniqués en el semestre de verano de 1985 surgió un voluminoso y multitemático *Vademecum für Ärzte und Juristen über strafrechtliche Grundfragen ärztlicher Tätigkeitsbereiche*¹³⁵ que, por supuesto, no marca el inicio del interés de Kaufmann por las cuestiones médicas, pero sí el punto del que partieron numerosos trabajos en los últimos años —que, a su vez, traspasaron, por ser demasiado estrecho, el ámbito de la medicina—. El que aquí se abre es un campo amplio. Abarca desde teoremas fundamentales sobre situaciones problemáticas específicas hasta conjuntos de situaciones que —como esencialmente futuras— incluso hoy son apenas perceptibles.

Ya el primer trabajo relevante de este contexto estaba estrechamente vinculado en su planteamiento central a las posiciones clásicas de la Filosofía general y, sobre todo, de la Filosofía del Derecho: ¿puede la naturaleza ser norma del comportamiento humano¹³⁶?, o ¿puede obtenerse una medida de la vida correcta a partir de la observación de las leyes de la naturaleza?; ¿son tan asimilables el ámbito del deber ser y el del ser que las leyes de la naturaleza pueden servir de modelo a las normas sociales o a las

Juristische Wochenschrift (1984), pp. 1062-1069, y en *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, cit. (n. 26), pp. 227-245); antes ya “Werner Bergengruen vor dem Forum der Strafrechtslehre Hans Welzels”, en *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1974, pp. 197-211.

134. *Supra* I.2.d), II.3.

135. *Moderne Medizin und Strafrecht. Ein Vademecum für Ärzte und Juristen über strafrechtliche Grundfragen ärztlicher Tätigkeitsbereiche*, A. Kaufmann (Hrsg.), Heidelberg, 1989; en relación con esto también es importante *Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe*, en colaboración con Jürgen Baumann et al., Stuttgart, New York, 1986.

136. “Kann die Natur Norm menschlichen Verhaltens sein? Zum Naturbegriff in Recht und Philosophie”, *Was ist das: die Natur? Über einen schwierigen Begriff*, Wolfgang Böhme (Hrsg.), Karlsruhe, 1987, pp. 33 ss. También en *Zweitwende* 60/1 (1989), pp. 3 ss.

normas jurídicas?; ¿es posible un monismo metodológico? Las publicaciones posteriores que se ocupan de la “naturaleza”¹³⁷ también analizan esta cuestión (es sólo una, con diferentes versiones) y la conducen directamente hacia la situación particular de la experimentación con animales¹³⁸ y el tratamiento de situaciones previsibles en un futuro: la tecnología genética en sentido amplio¹³⁹.

Aparentemente sin esfuerzo, Kaufmann consigue en estos trabajos la integración de las reflexiones fundamentales sobre

137. “Die ‘Natur’ in rechtswissenschaftlichen und rechtsphilosophischen Argumentationen”, en *Mensch und Natur. Auf der Suche nach der verlorenen Einheit*, G. Fuchs (Hrsg.), Frankfurt am Main, 1989, pp. 121 ss. También en *Was lehrt uns die Natur? Wissenschaft und Philosophie. Interdisziplinären Studien*, V. Schubert (Hrsg.), St. Ottilien, 1989, pp. 191 ss.; “Gibt es Rechte der Natur?”, en *Festschrift für Günter Spindel*, Berlin, 1992, pp. 59-73.

138. “Rechtsphilosophische Aspekte wissenschaftlicher Tierversuche”, en *Tierversuche und medizinische Ethik*, W. Hardegg, G. Preiser (Hrsg.), Hildesheim, 1986, pp. 118-126.

139. En este campo Arthur Kaufmann publicó profusamente en los últimos años. No hay más que confrontar “Humangenetik und Fortpflanzungstechnologien aus rechtlicher, insbesondere strafrechtlicher Sicht”, en *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1985, pp. 649-669; “Der entfesselte Prometheus. Fragen der Humangenetik und der Fortpflanzungstechnologien aus rechtlicher Sicht” en *Genforschung-Fluch oder Segen? Interdisziplinäre Stellungnahmen*, R. Flöhl (Hrsg.), München, 1985, pp. 259-277. También en *Recht und Medizin (Wege der Forschung*, volumen 650), A. Eser (Hrsg.), Darmstadt, 1990, pp. 302 ss.; “Genomanalyse und Menschenwürde”, en *Zukunftskongreß Genomanalyse und Menschenwürde. Referate und Protokolle der Tagung vom 2. Juni 1989 in München*, Die bayerische SPD-Forum Landtagsfraktion, 1989, pp. 22-23; “Die prometheische Traum des Menschen. Fortpflanzung zwischen Technik und Strafrecht”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 288 (12.12.1985), pp. 10 ss.; “Zur Ethik der Genetik”, *Widerspruch. Münchner Zeitschrift für Philosophie*, Heft 1 (1986), pp. 24 ss.; “Rechtsphilosophische Reflexionen über Biotechnologie und Bioethik an der Schwelle zum dritten Jahrtausend”, *Juristenzeitung* (1987), pp. 837-847. También en *Biotechnologie, Ethik und Recht im wissenschaftlichen Zeitalter*, Tom D. Campbell et al. (Hrsg.), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* Beiheft 39 (1991), pp. 14-33; “Forum Gentechnologie. Interview”, *XOOM. Das Hochschulmagazin* 2/7 (1988), pp. 10-15.

fundamentación, conocimiento y formación del Derecho justo de sus inicios con planteamientos que van más allá de la ciencia jurídica y de la Filosofía del Derecho, así como con fenómenos que, ya por su envergadura ya por su novedad, también nos inquietan desde el punto de vista normativo. Y quien conozca sus textos puede reconocer con toda claridad las líneas fundamentales de su pensamiento en este entorno de la ciencia jurídica y la Filosofía del Derecho, y comprobar cuán fructíferas son en estos campos. Sólo voy a llamar la atención sobre algunos puntos esenciales.

Iría contra todo pronóstico que Kaufmann hallase simplemente en la naturaleza las medidas de la vida y la actuación correctas. Siempre argumentó, desde la teoría del conocimiento, contra un monismo metodológico que pretende recabar del ser las pautas del deber. Pero también iría contra todo pronóstico que para Kaufmann la naturaleza sólo fuese *factum brutum*, una acumulación casual de objetos; durante toda su vida científica no sólo ha defendido como algo razonable un *fundamentum in re* sino también ha participado de su búsqueda. De este modo, para su respuesta a los nuevos interrogantes reúne los conocimientos procedentes de su preocupación durante décadas por la Filosofía y la Filosofía del Derecho, que en los últimos años se han perfeccionado y condensado¹⁴⁰.

Estos conocimientos convergen en la justificada confianza en un “discurso racional”, en el sentido de un debate razonable, interdisciplinar, así como internacional y concentrado en el objeto. Este debate no promete una respuesta segura a preguntas concretas; está constituido por la personalidad y por ello, al mismo tiempo, por la relacionalidad –no sólo en cuanto al participante en el discurso sino también en cuanto a su objeto, la acción humana correcta–; por estructuras y categorías dinámicas, históricas. Por consiguiente, Kaufmann no va a brindar aquí,

140. *Supra*, sobre todo III.3.a.

como en el conjunto de su obra científica, soluciones acabadas, pero sí el sólido fundamento de la búsqueda científica de la verdad y de las relaciones entre los seres humanos, concretado en casos de éxitos y fracasos, y desplegado de modo diverso para revisarlo y seguir reflexionando.

