FILOSOFÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ARTHUR KAUFMANN

Ángeles López

I. INTRODUCCIÓN

Arthur Kaufmann (Singen, Hohentwiel, 1923-2001) ha sido uno de los más significativos maestros de la iusfilosofía germana¹ de la segunda mitad del pasado y aún cercano siglo XX. Los que tuvimos la suerte de conocerle y aprender de sus enseñanzas podemos considerarnos privilegiados. Entre los profesores españoles, Andrés Ollero le trató y pasó con él momentos decisivos de su formación iusfilosófica, estableciendo lazos de amistad que perduraron hasta su muerte. Gregorio Robles y la Profesora

1. Del reconocimiento que gozaba A. KAUFMANN en su país y en todo el mundo dan cuenta, entre otros, los dos libros Homenaje aparecidos en 1984 y en 1993. En el primero "*Dimensionen der Hermeneutik*" (R.v. Decker C. F. Müller, Heidelberg, 1984), dedicado a celebrar su 60 cumpleaños colaboran discípulos y colegas: W. Hassemer (Frankfurt), A. Baratta (Saarbrücken), G. Ellscheid (Sengcheid), F. Haft (Tübingen), W. Maihofer (Florenca), U. Neumann, L. Philipps, C. Roxin, H. Sholler, Schroth, K. Volsk, R. Wittmann (München), W. Schild (Bielefeld), J. J. M. Vander Jen (Utrecht) y K. Miyazawa (Tokio). En el segundo "*Stratgerechtigkeit*", coordinado por F. HALFT, W. HASSEMER, V. NEUMANN, W. SCHILD, y J. V. SCHROTR (C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993), colaboran iusfilósofos y penalistas: R. Dreier, W. Fikentscher, M. Frommel, J. Hruschka, H. Klenner, K. L. Kunz, W. Maihover, L. Philipps, J. Lompart (Tokio), y Joung-Whan Kim (Seoul), K. Miyazawa (Tokio), dedicado a celebrar su setenta cumpleaños.

Martínez Bretones gozaron de la oportunidad de asistir con regularidad a los Seminarios que organizaba semanalmente, en el Instituto de Filosofía del Derecho e Informática Jurídica, de la Universidad de Munich, durante el curso académico 1978-1979². Mis contactos con el maestro fueron posteriores en el tiempo y se produjeron, además, de forma más indirecta y esporádica. En la Universidad de Göttingen, en el verano de 1980, adquiero y leo detenidamente *Wozu Rechtsphilosophie heute?*³, y la obra colectiva, coordinada por el propio Kaufmann, *Rechtstheorie. Ansätze su einem kritischen Rechtsverständnis*⁴, que meses después, ya en la Universidad de Münster, comentaría con los Profesores Inciarte, Kaulbach y Cramer. Fué Kaulbach, sin embargo, el que más directamente me ayudó a superar las innumerables incertidumbres que el texto me planteaba; dudas que provenían de una interpretación sesgada e incompleta de las tesis allí defendidas por el autor. Me faltaban los instrumentos biográficos, filosóficos y metodológicos necesarios para comprender las claves centrales de su pensamiento. Siguiendo sus orientaciones, me introduje en la *filosofía fenomenológica* de Husserl y en las interpretaciones

2. Gracias al empeño y esfuerzo sacrificado de G. Robles se traduce al español la primera edición de la obra a cargo de A. KAUFMANN y W. HASSEMER “*Einführung Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*” (5ª ed., Heidelberg, 1989, de la que conservo con cariño el ejemplar dedicado que Kaufmann tuvo la gentileza de regalarme con ocasión de nuestro primer encuentro, que sobre Problemas actuales de Filosofía del Derecho, se desarrolló en la Universidad de Colonia ese mismo año), que aparece con el título “*El pensamiento jurídico contemporáneo*” (Ed., Debate, Madrid, 1992) y en cuya traducción colaboran el propio G. Robles, Mª J. Fariñas, J. A. García Amaro, Mª V. Martínez Bretones, F. Puigpelat Martí y R. Rabbi-Baldi Cabanillas. De la estima que por la obra del iusfilósofo alemán siente F. CARPINTERO BENÍTEZ, da cuenta la dedicatoria que hace en su obra “*La cabeza de Jano*”, Serv. publ. Universidad de Cádiz. (Sin fecha de publicación).

3. Athenäum Verlag, F. A. Main, 1971.

4. Verlag C. F. Muller, Karlsruhe, 1971, traduc. española de A. OLLERO, “*Sentido actual de la Filosofía del Derecho*”, en Anales de la Cátedra Francisco Suarez, Universidad de Granada, nº 13, fascículo 1º, 1972.

de su discípulo Pöggeler. Pasé luego a la *ontología fundamental* de Heidegger y desde ella a la *hermeneútica filosófica* de Coret y de H.G. Gadamer.

Años después, durante mi estancia en la Universidad de Colonia, tengo la oportunidad de conocer personalmente al gran iusfilósofo y penalista, con ocasión de mi participación en el Seminario que, sobre *Problemas actuales de la Filosofía del Derecho*, allí se celebró, bajo la dirección de H. Radermacher, que tuvo la gentileza de invitarme, y al que también asistió mi querido maestro y amigo Fr. Kaulbach⁵ fallecido a los pocos años. El diálogo abierto y riguroso que presidió las tres largas sesiones, el torbellino de sugerencias e ideas luminosas que brotaban de mentes tan prodigiosas dejaron en mí una huella imborrable. Volví al año siguiente con una mayor ansia de saber y, una vez más, mis expectativas se vieron colmadas. Tomaba notas y más notas, en ocasiones no comprendiendo su significado y alcance; después durante el almuerzo y la cena, mis insuficiencias e incomprensiones desaparecían gracias a las pertinentes aclaraciones de los maestros. Se practicaba y se vivía intensamente el auténtico *disputare* abierto a todos los participantes por igual, en una atmósfera de respeto y atención inusuales. Ninguna de esas inteligencias preclaras imponían ser escuchadas; sin embargo, cuando hablaban, argumentando y contraargumentando, el silencio y la atención se imponían por sí mismas en virtud de la *auctoritas* de quienes intervenían. ¡Cuántos años hace ya que se ha hecho inviable esta forma de *caritas intellectualis* y de *diakonia* de la verdad en los ambientes, cada vez más belicosos de nuestros actuales departamentos universitarios!...

Disponía, pues, de algunas claves que me situaban en la dirección adecuada para comprender la construcción doctrinal del

5. Guardaré siempre el recuerdo de aquel hombre sabio y bueno que tan generosamente encauzó mi vida universitaria, haciendo crecer en mí la vocación filosófica que mi maestro el Prof. Hurtado alentó desde el ejemplo diario de su vocación real, meditado y confesa.

iusfilósofo germano y, en particular, su consideración de la ontología y hermeneútica jurídica. Sin embargo, han tenido que transcurrir casi dos décadas para darme cuenta que todavía no estaba en la vía adecuada; me faltaban aún tres claves vitales que marcaron su vida y su obra: la dramática vivencia del terror nazi y su permanente recuerdo⁶, su refugio en el estudio y meditaciones filosóficas buscando la fuente originaria de la justicia y el Derecho frente a aquellos que habían sido entrenados para obedecer y llevar a la práctica ciegamente órdenes inhumanas y leyes injustas bajo el incuestionable y trivial argumento de la superioridad de una raza y un pueblo; el influjo permanente de la iusfilosofía del G. Radbruch, en particular la fase de su *positivismo moderado*⁷, y, en fin, y no de menor relevancia, la presencia de la *fenomenología de la existencia* de K. Jaspers.

Todas estas claves, en mayor o menor medida, han actuado como señuelos para decidir centrar mi atención en la temática sobre la que versará mi aportación. ¿A qué Filosofía se refiere Kaufmann cuando piensa y escribe sobre Filosofía del Derecho?

6. “Fue la experiencia directa de la injusticia la que despertó mi interés por los problemas iusfilosóficos” escribía en 1971 en el Prólogo de su *“Rechtsphilosophie in Wandel”* (Frankfurt am Main, 1977) y que W. HASSEMER recuerda en *“Strafgerechtigkeit. Versuch über das wissenschaftliche Werk A. Kaufmann”*, op. cit., p. 4.

7. Así se muestra en *“Arbitrariedad legal y Derecho supralegal”* (1946), y frente a la justicia formal de su etapa anterior en el artículo *“El relativismo en la Filosofía del Derecho”* (1934), incorporado en *El hombre en el Derecho*, pp. 95 y 83, ahora defenderá una justicia material. Un estudio detallado de esta cuestión puede verse en: A. BARATA, *“Relativismus una Naturrecht in denken Gustav Radbruch”*, en *Archiv für Recht-und Sozialphilosophie*, n° 45, 1959; U. KLUG, *“Thesen zu einem kritischen Relativismus in der Rechtsphilosophie”*, en *Gedächtnisschrift für G. Radbruch*, Hrs. De A. KAUFMANN, Vandenhoeck-Ruprecht, Göttingen, 1968; así como el Estudio Preliminar, que a la *“Filosofía del Derecho”* de G. Radbruch, realizado por J. L. MORENEO PÉREZ (Ed. Comarés, Granada 1999), especialmente pp. XLVII-XCIV. Veremos como el propio KAUFMANN describe ese cambio (en especial p. 105 *“Panorámica histórica de los problemas de la Filosofía del Derecho”*), en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, op. cit.

¿Es la Filosofía del Derecho una parte de la Filosofía general? ¿Es, por contra, una filosofía aplicada a un determinado sector de la realidad al que llamamos Derecho? o ¿es más bien una Filosofía especial? Indagar esta cuestión exige ante todo, que nos detengamos en el *camino filosófico* que recorrió el autor; si en Heidegger ese comienzo nace en la pregunta por el *misterio de ser* –formulada en el nivel de la reflexión– el comienzo es la *Pregunta por el Ser*⁸, en Kaufmann ese comienzo –me aventuro a afirmar– nace con la *Pregunta por la injusticia y el derecho injusto*; pregunta que marca el comienzo del camino personal de su pensar y que no es otra cosa que la toma de conciencia de su propio comienzo, sabiendo que esa procedencia marcará siempre su camino del pensamiento futuro: su *ontología jurídica* y su defensa del *derecho justo*.

II. FILOSOFÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

1. *El camino del pensamiento en A. Kaufmann*

Heidegger, cuya obra conocía bien Kaufmann, utiliza dos términos para referirse a su “*Camino de pensar*”, “*Holzwege*” y “*Feldweg*”⁹ para sugerir, según interpreta Gadamer¹⁰, que no lle-

8. Tomo la idea de R. Florez en su Conferencia, con motivo del Año Jacobeo 1999, titulada “*El Camino y la Estrella en Heidegger*”. Significativamente, y en línea con la idea que defiende, KAUFMANN realiza su tesis doctoral sobre la “*Conciencia de culpabilidad*” (“*Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*”; la introducción y Prefacio de G. Radbrung, Mainz, 1949).

9. “*Der Feldweg*”, señala R. Florez, es un escrito brevísimo que, impreso, apenas ocupa dos páginas y media. Es una síntesis evocativa, en prosa lírica y poética, de lo que fue la comba de su vida: salida del Hogar y vuelta al Hogar. Heidegger lo escribió en los años inmediatos a la posguerra, cuando era un proscrito y despatriado y estaba residiendo en la pequeña ciudad de Messkirch. En el Instituto de dicha ciudad, que lleva su nombre, Heideggers-Gymnasium, el filósofo pronunció unas palabras de agradecimiento en su inauguración y

van a ninguna parte y que transcurrido un trecho hay que darse la vuelta y retroceder experimentando el viraje (“*Kehre*”) “*in acto exercito*”; en la realización del pensamiento que nos requiere a volver a nuestra procedencia (“*Herkunft*”). Lo que ocurre en esta situación –confiesa Gadamer– no es tanto nuestro hacer, sino más bien lo que ocurre con nosotros cuando el pensamiento nos lleva por el camino de pensar: “*el camino vira mientras se piensa y se habla*”, “*Solo esto es lo importante*”¹¹.

Algo semejante acontece en Kaufmann, o mas concretamente, lo que se muestra en su pensamiento puesto en obra: un ir y venir de la iusfilosofía a la filosofía y de ésta a aquella en una permanente búsqueda del basamento radical. Heidegger lo encuentra en “*das Selbe*” (“lo Mismo”), en lo permanente que adviene como dón en la temporalización y, singularmente, en el acontecimiento propicio o “*apropiador*” (“*Er-Eignis*”), Kaufmann en el derecho justo: ningún hombre –expresa en las últimas líneas de “*Wozu Rechtsphilosophie heute*”?– sigue siendo el mismo si se entrega al proceso de pensar. E incluso la ley hermeneúticamente desarrollada es distinta de la que era antes. La interpretación de una regla incluye siempre su interpretación, y con ella a la vez también, su perfeccionamiento. Esto ha sido siempre así, sólo que muchos no eran ni son conscientes de ello. ¿Para qué la filosofía del derecho

expresó cómo el “*Feldweg*” podía hoy denominarse como “*El Camino del Pensamiento*” (“*El Camino y la Estrella en Heidegger*”. Conferencia cit., El dato lo extrae R. Florez de C. WITT, “*Autdeun Feldweg Martin Heidegger. Arengugen zur Deutung mit dem Originaltekt Martin Heidegger Der Feldweg*”, Armin Gmeiner Verlag Messskirch, 1988).

10. “*Los Caminos de Heidegger*”, edición y versión castellana de A. ACKERMANN PILARI, Ed. Herder, Barcelona, 2002, p. 373.

11. La confesión le lleva a GADAMER a reconocer que el título de su conocida obra “*Verdad y método*”, en realidad desde un principio pensó llamarla “*Entender y acontecer*”. En Ibidem, p. 373.

hoy? “Para hacer el derecho mas justo y con ello las relaciones humanas”¹².

Y es en esa búsqueda de apertura permanente “*de lo que debe ser*”, en la que se entrecruzan y dejan sus huellas concepciones y métodos de variado signo, donde Kaufmann encuentra las vías que le servirán para construir su personal iusfilosofía, siguiendo así el lema que su maestro Radbruch exponía en la “*Introducción a la Ciencia del Derecho*”: “*Ante cada cual hay una imagen de lo que debe ser; y en tanto que llega a serlo, no consigue plenamente su paz*”¹³.

Pero comprender ese entrecruzamiento de ideas de variada procedencia, calibrar esa “*krasis*” y su intencionalidad última exige recuperar algunos datos, los más relevantes, del camino en que se va haciendo su pensamiento, las líneas centralès de su obra científica... ¿De dónde arranca y a dónde conduce el camino de su pensamiento?

a) Recordemos que Kaufmann comienza su estudios de Derecho en Heidelberg coincidiendo con la reincorporación a la cátedra de Gustav Radbruch (de la que había sido expulsado por el régimen nazi el 12 de julio de 1933). Es un joven de veintidos años, testigo directo de los efectos perniciosos y de las injusticias cometidas por el tercer Reich, que dejan en él una herida nunca

12. El filosofar –dice también en el mismo texto– no es un palique estético sin compromiso, que nada tiene que ver con la realidad, “Como determinación del “*Dasein*” humano es mas bien un hacer de inmediato alcance práctico y político”. Y siguiendo a Radbruch: “Filosofía quiere decir no en último lugar: asumir responsabilidad política”... “Todas las transformaciones políticas fueron preparadas o acompañadas por la filosofía del derecho”. En el inicio estuvo la filosofía del derecho, al final la revolución –decía Radbruch– y añade Kaufmann–: “o, podríamos nosotros completar hoy, el fracaso... Deberíamos aprender de estas experiencias. La filosofía del derecho no puede en adelante permanecer al margen, cuando se trata de las cuestiones del hombre y de la sociedad humana: debe ser más bien la antorcha que precede a la política” (op. cit., trad. española de A. OLLERO, pp. 34-36).

13. Trad. española de L. RECASENS SICHES, Prólogo de F. de los Ríos, Rev. de Derecho Privado, 1930, p. 269.

cicatrizada y que, sin embargo, actúa de acicate y aliento en el camino de su pensamiento. Aún en 1971 expresaba con firmeza: “A lo largo de dos decenios se había desarrollado en Alemania la filosofía del derecho con una abundancia y una riqueza como no han vuelto a experimentar las generaciones”. Pero cuando esto se aduce como prueba de convicción estalla como una pompa de jabón. Sin resistencia, incluso sin experimentar ninguna crítica, pudo establecerse un régimen criminal que no tuvo para la ciencia jurídica y a la vez para la filosofía del derecho sino escarnio y burla. (Basta con leer las citas correspondientes de las conversaciones de Hitler anotadas por Henry Picker). La inscripción sobre la puerta de un campo de concentración nazi: “*A cada cual lo suyo*” muestra con sobrecogedora claridad la frivolidad con que se escarneció al derecho y a la justicia. Con todo derecho pregunta hoy nuestra juventud —como se debiera haber preguntado él mismo— cómo ha sido posible que se hayan cometido por el Estado injusticias a millones, sin que aquellos a los que se había confiado el derecho se levantaran como un solo hombre. Una y otra vez tropieza uno como docente del derecho con el obstáculo de para qué serviría en el fondo toda la filosofía del derecho, si incluso claramente los mismos filósofos del derecho altamente cualificados no hubiesen aprendido de ella a distinguir el derecho que es del que no lo es y a defender el uno del otro. No cabía admitir a fin de cuentas que todos ellos hubieran aceptado las criminales leyes nazis y sus atentados, callando o consintiéndolas diligentemente, sólo por miedo o confianza en la autoridad¹⁴.

Hasta tal punto la herida estaba abierta que decide dedicar su trabajo de tesis doctoral al estudio de la conciencia de culpabi-

14. Op. cit., pp. 11-12. La cita de PICKER en Ed. Deutscher Taschebuch Verlag, nº 524, 1968, en especial, pp. 65 y 55. Picker pone en boca de Hitler la siguiente afirmación: “toda la doctrina jurídica actual no es sino una grandiosa sistematización del abandono de la responsabilidad” (nota 9, p. 66) de aquí que Kaufmann infiera que: “Por los juristas y su instrumental no sintió Hitler sino desprecio” (p. 12).

lidad en el marco general de la teoría de la culpabilidad¹⁵, defendida en 1949 (tres años antes aparecía el escrito de Jaspers “*Schuldfrage*” sobre la culpabilidad de Alemania, que pasó desapercibido en todo el país y particularmente en la Universidad de Heidelberg) bajo la dirección de su maestro Radbruch que moría el 23 de noviembre de ese mismo año. Culminaba así sus estudios jurídicos y tras su examen de habilitación es nombrado juez en el *Laudgericht* de Karlsruhe donde permanece desde 1952 a 1957. Y de pronto, cuando todo podía hacer esperar que definitivamente se dedica a la docencia en materias de derecho positivo, continuando la trayectoria seguida por su maestro, decide, por contra, cursar estudios de Filosofía, de nuevo en Heidelberg. Ahora ya no es aquel joven de veintidos años que en plena posguerra siente la llamada del derecho; tiene treinta y cuatro años, cuenta con la experiencia jurídica del juez en su función de juzgar y aplicar las leyes; es, pues, un jurista práctico, conocedor de las normas y de sus mecanismos de aplicación e interpretación.

b) ¿Cómo entonces el viraje hacia la filosofía? ¿Qué cúmulo de vivencias y experiencias le hacen adentrarse en ese pasado de modo frondoso y brumoso bosque que es la filosofía? ¿Acaso

15. “Schon die Doktorarbeit über das unrechtsbewusstsein, geschrieben bei Radbruch und von diesem mit einem fördernden Geleitwort auf den Weg geschickt”. HASSEMER, W., “Strafgerichtigkeit. Versuch über das wissenschaftliche Werk A. Kaufmann”, op. cit. p. 3, nota 13. En la Universidad de Heidelberg, durante los meses de enero y febrero del semestre de invierno, 1945-1946, Karl JASPERS dictó un curso sobre “*La cuestión de la culpa y la responsabilidad política de Alemania*” que fué publicado más tarde en forma de libro simultáneamente en Zurich y en Heidelberg “*Die Schuldfrage*” (Heidelberg, 1946 y Zurich, 1946). Antes ya había publicado una introducción al primer número de la revista *Die Wandlung* (1945), “*Die Erneuerung der Universität*”; 1945 y “*Antwort an Sigurd Undset*”; 1945. El propio JASPERS, en el Autorretrato que presenta “*Entre el destino y la voluntad*” (Eds. Guadarrama, Madrid, 1969), confiesa que pasó desapercibido, si bien Kaufmann lo tuvo como referente imprescindible en la elaboración de su tesis doctoral. Sobre lo dicho vid. JASPERS, D., “*El problema de la culpa*”, Introducción de E. Garzón Valdés, Paidós, Barcelona, 1998.

aquella juvenil inquietud constante de amor a la justicia y al derecho justo? No me atrevería siquiera a aventurar sus motivaciones personales, pero si recuerdo el breve comentario que me susurró al oído en nuestro segundo encuentro: “me faltaba el basamento filosófico necesario para acometer la tarea iusfilosófica que aprendí de Radbruch”.

Lo cierto es que —como expresa su discípulo y amigo Hassemer— a finales de los años cincuenta las líneas de la obra científica de Kaufmann estaban ya nítidamente trazadas, “en ellas estaban acentuados los puntos esenciales” (“...in ihm waren die Schwerpunkte markiert”)¹⁶; pero, insiste Hassemer, sobre todo, ya se anuncia que en adelante su interés no se dirige al Derecho formalmente válido sino al *Derecho material*¹⁷, y en este viraje en el camino de su pensamiento, que pasa por la experiencia judicial, siempre está presente su *posición originaria del Derecho* y que según el mismo afirma *permaneció constante a todo cambio*. Prueba de su inmodificable posición originaria son las palabras que escribe en el prólogo a la colección de artículos iusfilosóficos que contiene su obra de 1971, “*Rechtsphilosophie in Wandel. Stationen eines Weges*”: “*Es war die unmittelbare Erfahrung des Unrechts, die vor nunmehr dreissig Jahren mein Interesse an rechtsphilosophischen Problem... durch den Menschen kann Recht Wirklichkeit werden, indem er das Rechte tut oder indem er dem Unrecht Widersteht*”¹⁸. Pueden ser múltiples las paradas o estaciones que encuentra en el camino del pensar pero el punto de partida arranca de su toma de conciencia crítica marcando la meta

16. Ibid. p. 1.

17. Ibid. p. 2. “...*nicht dem formellem, sondern der materialen Recht gilt*”.

18. Ibid. p. 4. En la introducción que del artículo de Hassemer ofrece J. A. Seoane Rodríguez en este mismo número el párrafo completo dice así: “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 hacía ver claro que los conceptos 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 resista a la injusticia”.

futura siempre presente: su posicionamiento frontal al derecho injusto.

c) Y es aquí donde Kaufmann se ve abocado inexorablemente a preguntar por el fundamento del Derecho, por los criterios de valoración que le permiten distinguir entre derecho correcto/incorrecto, justo/injusto y por los medios con los que oponerse y hacer frente al Derecho formalmente válido y sin embargo materialmente injusto. Mas ¿qué es la justicia? ¿cómo hacer justicia?, ¿cómo determinar qué es Derecho justo?¹⁹, son ahora las preguntas las que salen a su encuentro, y ante ellas el jurista precisa de respuestas fundadas y sabe que las mismas sólo puede proporcionarlas la filosofía, y en particular la ontología. Serán ellas el requerimiento que en el camino de su pensamiento le conduzcan a profundizar en el estudio y meditación filosófica.

Como vemos, adentrado en el camino tropieza con el infranqueable obstáculo de la pregunta por el fundamento; recorrer el camino formalmente válido era asunto fácil, mantenerse en él y seguir adelante era otra cuestión. No es dejarse llevar por cómodos señuelos llamativos de lo que a primera vista puede ser importante, de lo que se lleva, de lo que ofrece respuestas definitivas fáciles. Después de su experiencia como juez Kaufmann sabe que la justicia material no puede encontrarla en el derecho positivo estatal, esa sería una forma equivocada de objetivar el camino y sabe también que de recorrerlo así no sólo estaría perdiendo su punto de partida en el camino sino que también el pie para poder andarlo.

Todo parece, pues, indicar que cuando deja el cargo de juez surge en él de forma consciente su vocación real: la filosofía, convirtiéndose definitivamente en quehacer o asunto de pensamiento; y es entonces, también, cuando aparece tematizada su ontología

19. Su respuesta en "*Qué es y cómo 'hacer justicia'*"; en *Persona y Derecho*, nº 15, 1986, pp. 13 a 30.

jurídica²⁰. Como “*asunto de pensamiento*” Kaufmann sabe que la filosofía –como indicara Novalis y mas tarde confirmara Heidegger– no es una disciplina que se aprende: “Si nos es posible filosofar, es porque en ninguna parte nos sentimos en casa, porque siempre hay algún “*todo*” que de algún modo nos solicita, porque sin cesar somos empujados hacia el ser en lo que tiene de total y esencial... Nosotros, los hombres, somos los sin-patria y la inquietud misma, la inquietud viviente: he aquí porque nos es preciso filosofar. Y esta inquietud es el signo de nuestra limitación, nosotros que somos la finitud misma. Por ello no tenemos el derecho de adormecerla, de tranquilizarnos con la ilusión de una totalidad y de una infinidad satisfechas. No podemos siquiera contentarnos con llevarla con nosotros, sino que hemos de azuzarla, hasta que al fin nos demos cuenta de que nos sentimos no sólo limitados, sino también completamente aislados, cuando nos acercamos un poco a lo esencial, cuando no tenemos ya ningún deseo de agitarnos, de jugar a hacernos los importantes, los civilizados, entonces y sólo entonces somos capaces de ser aprehendidos. Haciéndonos de este modo “*aprehensiones*”, entregándonos a lo real, la nostalgia hace de nosotros hombres. Disposición indispensable: quien no se deja aprehender es incapaz de comprender”²¹. Si trasponemos el texto a los cometidos que Kaufmann se propone y nos propone en su iusfilosofía comprobaremos que el camino de su pensamiento es llegar a lo esencial del derecho que será, a su vez, lo esencial del fenómeno jurídico, y dejarlo ser para justamente dejarnos ser aprehendidos por él, y ello porque “*la filosofía siempre se ocupa del fundamento último*”²² y a tal fin

20. A la pregunta así tematizada intenta responder en 1982, “*Stratrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*”, pp. 7 y ss., traduc. de J. Zafra Valverde, “*En torno al conocimiento científico del Derecho*”, en *Persona y Derecho*, n° 31, 1994, es especial, pp. 16 a 28.

21. La referencia es de K. Rahner y la precisa E. COLOMER en “*Historia del pensamiento alemán*”, Herder, III, pp. 468-469, n. 66.

22. KAUFMANN, A., “*El pensamiento jurídico contemporáneo*”, op, cit., p. 27.

—como señalara Jaspers— lo importante no es saber mucho o saberlo todo, sino poner en claro en todos los terrenos los fundamentos del saber, los fundamentos de la realidad, en nuestro caso, de la realidad jurídica, y al mismo tiempo actualizarlos en un detalle concreto. Como en muchos de sus predecesores, profesores y maestros (Weber, Radbruch, Jaspers, Heidegger) en Kaufmann quedaba siempre a demasiada distancia el realismo práctico de la acción; poseían grandes vuelos intelectuales pero no la eficacia resolutoria, ni la astucia instintiva de dar entrada al torrente de fuerzas que le pudieran servir de impulso para la acción. Ninguno era hombre de acción. Mientras permanecían en el terreno del pensamiento sabían cómo debían actuar pero sus valores éticos ahogaban lo mezquino e indigno que, a veces, acompaña a la acción política. Esto no significa neutralidad ni falta de compromiso político. Quien lee la obra de Kaufmann puede experimentar cómo es capaz de apasionarse encendidamente por defender sus ideas, pero también de aplacarse alternativamente en la comunicación y el diálogo interhumano, demostrando así el estado en el que las personas fieles a sí mismos se encuentran con los demás, se entienden con ellos, confían y se ponen de acuerdo.

Siguió las enseñanzas de su admirado K. Jaspers (quien le abrió espacios dentro de los cuales el pensamiento y la existencia consiguen la máxima amplitud posible). “La libertad —dirá Jaspers— exige la comunidad en lo verdadero” (“Über Bedingungen und Möglichkeiten eines neuen Humanismus”, p. 323), comunidad que requiere la comunicación del pensamiento creador y crítico que no debe desaparecer sin influencia alguna en el ocultamiento sino que debe incluso manifestarse públicamente. Kaufmann sabe que, así entendido, el diálogo incluye la renuncia al dogmatismo y a la creencia de que se posee la verdad absoluta. Persuadido de ello sólo desde ese talante y apertura al diálogo, acreditado por el iusfilósofo germano a lo largo de toda su vida, es fácil comprender su cercanía a concepciones que vienen

reivindicando la rehabilitación de la razón práctica, la hermenéutica²³ y la filosofía de la existencia, la fenomenología, así como las recientes propuestas de teoría de la justicia y, en especial del modelo de “*discurso ideal*” propuesto por Habermas²⁴, que concluye en la defensa de una *ontología relacional* que “debe ser en su conformación una ontología de la persona; una ontología que no considere ya la cosa sino la *persona* como arquetipo del ser. Por tanto, también la ontología del derecho ha de constituirse como ontología relacional-personal”²⁵. La persona es, pues, el fundamento, la “*materia*” –dice expresamente Kaufmann– del orden jurídico²⁶.

Sobre ese fundamento material que es la persona, presente en el camino andado y practicado por el iusfilósofo alemán, su discípulo Hassemer ha destacado cuatro campos (“*vier Felder*”)

23. Para la hermenéutica jurídica vid. RODRÍGUEZ MOLINENO, M. “*Hermenéutica y Derecho. Orientaciones preliminares para un adecuado enfoque del tema*”, en *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Prof. José Corts Grau*, T. II, Universidad de Valencia, 1977, pp. 345-348; LÓPEZ MORENO, A. “*Orígenes de la idea de Hermenéutica. Supuestos terminológicos y filosóficos*”, en *Anales de Derecho*, Univ. de Murcia, 1985, n° 8, pp. 31 y 51. Y en “*Dimensiones del debate hermenéutico*”, en *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a L. García San Miguel*, T. II., Univ. de Alcalá, 2002, pp. 197-218. Una visión de la hermenéutica de Kaufmann vid. SERNA, P. “*Hermenéutica jurídica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Authur Kaufmann*”, en *Horizontes de la Filosofía del Derecho. homenaje a L. García San Miguel*, op, cit, pp. 737-765.

24. El propio KAUFMANN se declara representante de esta corriente en “*Qué es y cómo hacer justicia. Un ensayo histórico-problemático*”, en *Persona y Derecho*, n° 15, 1986, pp. 26-27. Allí expresa: “El punto de partida es la constatación –hoy apenas discutible– de que los juicios sobre la justicia no pueden objetivarse de un modo racional puro, sino que más bien están sujetos también a elementos emocionales. Desde esta perspectiva resulta claro que las condiciones óptimas para un juicio correcto sobre la justicia se dan únicamente en el discurso... Los representantes de esa corriente –entre los que me encuentro– parten de la base de que en su “*discurso ideal*” los juicios individuales de las partes que argumentan llevan en la mayoría de los casos a un acuerdo...”.

25. Op. cit., p. 29.

26. Ibidem.

de estudio que, por otra parte, “ya estaban delimitados en los años cincuenta” y sobre los que el maestro continuaría profundizando: 1) La *dogmática del Derecho Penal material*, en especial la relacionada con la teoría de la *culpabilidad*; 2) cuestiones centrales de Filosofía del Derecho, en especial las dirigidas a la *fundamentación* de un derecho suprapositivo, concreto y adaptado a su tiempo; diríamos que es aquí donde la filosofía, vaciada en el molde de la vida jurídica encuentra su ultimidad y sentido; 3) cuestiones relacionadas con la *política criminal* siempre destacando en ellas su fundamentación iusfilosófica y con fines humanitario-liberales y 4) en fin, temas *político-jurídicos* relacionados con la parte especial del Derecho Penal destacando los referidos a la responsabilidad penal en la actuación médica²⁷.

2. La Filosofía del Derecho como rama de la Filosofía

Hasta aquí hemos trazado el camino del pensamiento reconocido por Kaufmann y desde él no parece difícil entender cómo, una vez más, siguiendo a su maestro Radbruch, la Filosofía del Derecho es definida como “una rama de la filosofía y no de la ciencia jurídica”²⁸ a la que corresponde el estudio del “Derecho como debe ser, del derecho correcto, del derecho justo, o sea, es la doctrina de la justicia”²⁹. Gregorio Robles se ha ocupado de desvelar las ambigüedades, insuficiencia de claridad e incluso contradicciones en las que incurre Kaufmann en el trabajo provisional, que bajo el título “*Notas sobre la Filosofía del Derecho de A. Kaufmann*” expuso en la Fundación para el Análisis y los

27. En “*Strafgerichtigkeit*”, op. cit., p. 3.

28. “*Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Dogmática jurídica*”, Cap. I, p. 27, en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, op. cit.

29. “*Rechtsphilosophie*”, Beck, München, 1997, edición ampliada de “*Grundprobleme der Rechtsphilosophie*”, Beck, München, 1994.

Estudios Sociales (Madrid, 13 de junio de 2002) y que ahora de forma definitiva se incorpora en éste mismo volumen.

Como tuve la oportunidad de estar presente en el Seminario en el que Robles expuso en detalle sus observaciones críticas al respecto, y como además tuvo la gentileza de hacernos llegar con antelación suficiente el texto de su ponencia, puedo ahora expresar, con conocimiento de causa, mis coincidencias con la mayor parte de sus críticas. No obstante, quisiera detenerme (intentando, así, evitar coincidencias temáticas, por otro lado, expuestas con el rigor y la amplitud de conocimientos que él posee del autor) en la caracterización que Kaufmann realiza de la Filosofía del Derecho al definirla y tematizarla en la forma que indicamos al inicio de este epígrafe.

Ante todo, Kaufmann no parece dudar en *qué es y qué no es* la Filosofía del Derecho. En efecto, en primer lugar, la Filosofía del Derecho *es una rama de la Filosofía* y además como Filosofía que es “tiene que intentar resolver las cuestiones radicales o de fundamento último que subyacen a los problemas y presupuestos tanto de las ciencias como de los sistemas”³⁰ y a tal fin tiene que adoptar una posición trascendente a las Ciencias y al Sistema³¹. Así configurada la Filosofía del Derecho es, ante todo, *ontología jurídica*, por esto dirá que “en la filosofía del derecho al jurista le compete plantear los interrogantes, en tanto que al filósofo le concierne, encontrar las respuestas”, y consecuentemente, “para ser un buen filósofo del Derecho es preciso manejar con soltura las dos disciplinas, la ciencia jurídica y la filosofía”³².

30. “*Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Dogmática jurídica*”, op. cit., p. 28.

31. *Ibidem*.

32. *Ibid*, p. 27. En línea análoga A. E. Pérez Luño ha señalado que: “La Filosofía del Derecho es una disciplina bifronte resultado del encuentro entre dos tipos de conocimiento: el filosófico y el jurídico”, y más adelante: “La Filosofía del Derecho es una disciplina de encrucijada, es decir, es el resultado del cruce de la reflexión filosófica con la experiencia jurídica”. Nótese que Pérez Luño no habla de cruce de la reflexión jurídica y la ciencia jurídica como

En segundo lugar, y consecuentemente, dirá Kaufmann, que la Filosofía del Derecho *no es una rama de la ciencia jurídica*, ni es *identificable con ella*³³, ya que como ontología intenta dar cuenta de la realidad jurídica en su integridad, una realidad que tiene el sentido de “*servir al valor jurídico, a la idea de Derecho*”³⁴. Como acertadamente ha señalado Robles, es cierto que Kaufmann se encuentra aquí atrapado por el influjo del formalismo neokantiano de Stammler³⁵ en especial la distinción entre concepto e idea de Derecho, y del relativismo exiológico de su maestro Radbruch³⁶, para quién, en línea con Stammler: “La Filosofía del

hace Kaufmann, sino de la mediación de filosofía y experiencia jurídica, por eso en las conclusiones dirá que: “Incumbe a la filosofía un papel decisivo en la determinación del deber ser jurídico”. El jurista tiende a enmascarar su reflexión sobre el Derecho que “es”, la Filosofía recuerda al jurista la necesidad de cotejar ese Derecho existente con el Derecho que “debe ser”; en otros términos –y aquí mi no coincidencia con Kaufmann– con el derecho justo”. En “Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a L. García San Miguel”, T.II., Universidad de Alcalá, pp. 313-314 y 330.

33. Op. cit., p. 27.

34. “*Rechtstphilosophie*”, op. cit., p. 136.

35. Recasens Siches ha expresado muy bien la definición de Stammler: “La justicia, pues, dice Stammler, no puede consistir en ningún contenido concreto, sino en una *forma universalmente válida* para ordenar todo los contenidos habidos y por haber; esto es, habrá de consistir en un método que represente una armonía absoluta e incondicionada de todas las materias sociales (reales o posibles)... Stammler afirma que la representación de una tal armonía absoluta es una *idea*, entendida esta palabra en sentido kantiano”, esto es, “como idea pura, formal que significa la representación de la unidad armónica de todos los objetos posibles”... “...hay una idea de la *rectitud* que cumple esa función de ordenar armónicamente todos los humanos afanes, es decir, todas las finalidades humanas... si la proyectamos sobre el mundo de la textura social, constituye la idea de justicia”... “La idea de justicia, es pues, una idea pura, un método formal, para ordenar las realidades sociales empíricas, concibiéndolas en la totalidad de sus posibilidades conforme a una armonía absoluta”. En “*Tratado General de la Filosofía del Derecho*”, Ed. Porrúa, S.A. Mexico, 1986, pp. 455, 456 y 457.

36. El propio RADBRUCH confiesa en su “*Filosofía del Derecho*” (Ed. Comares, Granada, 1999), que: “La siguiente exposición tiene como fondo las

Derecho... sería la doctrina del derecho justo”³⁷, de aquí que, el concepto del Derecho sólo adquiere sentido cuando lo vinculamos con la idea de justicia que, en definitiva, es la razón de ser del mismo.

Sin embargo, sí parece alejarse Kaufmann de los planteamientos metodológicos de Lask y del propio Radbruch, cuando en este punto establece una clara separación entre Filosofía del Derecho y Ciencia jurídica. Recordemos que Radbruch, ya en la primera línea de su “*Filosofía del Derecho*” afirma lo mismo que su discípulo Kaufmann: “La Filosofía del Derecho es una parte de la Filosofía”³⁸ pero como el Derecho “sólo puede comprenderse –según Radbruch– en el círculo de la conducta impregnada de valor”³⁹, incluso la propia idea del Derecho pertenece a la consideración valorativa⁴⁰, de todo ellos resulta que la Filosofía del Derecho se ocupa de esa parte de la Filosofía que llamamos estimativa o axiología. En conclusión, la Filosofía del Derecho es estimativa jurídica: “La consideración valorativa, consideración del Derecho como valor cultural caracteriza la Filosofía del Derecho”⁴¹.

Claramente, en lo expuesto hasta aquí, se aprecia una –marcada– diferencia entre Kaufmann y su maestro Radbruch: en primer lugar, mientras que para Kaufmann la Filosofía del Derecho es, ante todo, *ontología jurídica*, y además se trata de una ontología que encuentra su fundamento en la *persona*: “en la persona se realiza de forma concreta la relacionalidad, la unidad estructural de *relatio* y *relata*”⁴²; para Radbruch la Filosofía del Derecho es *axiología jurídica*.

dóctrinas de Windelban, Rickeart y Lask. Especialmente la Filosofía del Derecho de éste último ha sido para mí de gran influjo”.

37. Op. cit., p. 1.

38. Ibidem.

39. Op. cit., p. 5.

40. Ibidem.

41. Op. cit., p. 6.

42. “*Qué es y como hacer justicia*”. Op. cit., p. 29.

En segundo lugar, nótese que Kaufmann ha dejado muy claro también que la Filosofía del Derecho no es una rama de la ciencia jurídica, asunto sobre el que el maestro presenta una propuesta diferente. Es bien significativo que Radbrudch diga taxativamente que “el método de nuestra consideración valorativa del Derecho se caracteriza por dos rasgos esenciales: dualismo metódico y relativismo”⁴³; dualismo que entiende no al modo de una relación casual entre hechos de ser y juicios de valor, sino como *relación lógica entre ser y valor*⁴⁴; relativismo que significa “renuncia a la fundamentación científica de las actitudes supremas, pero no renuncia a la forma de posición misma”⁴⁵. La presencia del relativismo de Weber y la metodología de Lask son aquí evidentes. Recordemos que para Lask la metodología de la Filosofía es una cuestión referente al valor de la *Ciencia* de la filosofía, la doctrina de la ciencia filosófica se hace comparable con la doctrina de las formas especiales de la ciencia empírica, esto es, con la Metodología en el sentido mas estricto⁴⁶, por ello, la metodología de la ciencia empírica del Derecho, considerada metodológicamente —dice Lask—, pertenece *no a la Filosofía del Derecho*, sino a la *Filosofía de la Ciencia*, en cuanto ella no trata inmediatamente del tipo de valor Derecho, sino del tipo de valor “Ciencia”, y de aquí también que la Ciencia del Derecho sea entendida como *una rama* no de la Filosofía sino de las Ciencias Culturales empíricas⁴⁷.

Frente a la tensión generada por este dualismo y relativismo metódico, Kaufmann reacciona acudiendo a un *pluralismo metódico* que —como ha mostrado G. Robles— si bien dota a su ius-

43. Op. cit., p. 71.

44. Op. cit., p. 10.

45. Op. cit., p. 14. Se muestra aquí el fuerte influjo no sólo del “*tipo ideal*” de WEBER, sino también su relativismo. Pero de mayor calado es aquí la influencia de la metodología al modo como la entiende Lask.

46. “*Filosofía jurídica*”, Prólogo de E. Martínez Paz, Ed. Dapalma, Buenos Aires, 1946, p. 55.

47. Op. cit., p. 56.

filosofía de un cierto eclecticismo⁴⁸, no desmerece sino que enriquece una concepción capaz de abrirse y escoger lo mejor de la filosofía y la iusfilosofía actual conciliando elementos metafísicos, éticos e histórico-sociales con elementos fácticos conectando el Derecho con la vida relacional, personal y dialógica, propia de la razón práctica, contribuyendo a la elaboración, aplicación e interpretación de un Derecho justo, conectado con los problemas reales de una sociedad pluralista.

3. *La negación de la especialidad de la Filosofía jurídica. Consideraciones finales*

Aunque hemos visto cómo para Kaufmann la Filosofía del Derecho es una rama de la filosofía y no de la ciencia jurídica, así como las consecuencias y que de tal caracterización se siguen, resulta bien significativo, sin embargo, que, a continuación, diga que “al afirmar esto no queremos decir que la filosofía jurídica constituye un “tipo especial” del género que podría denominarse filosofía general!”⁴⁹ aduciendo argumentos que son inusuales.

El primero de los argumentos consiste en afirmar que “la filosofía se ocupa siempre y en todas sus manifestaciones de los problemas fundamentales de la existencia humana...; dicho con mayor concisión, la filosofía siempre se ocupa del fundamento último”⁵⁰ y para reforzar —¡si es que hubiere de reforzarse afirmación tan obvia!— se apoya en lo que Jaspers denominara “totalidad abarcante”.

El segundo argumento consiste en decir que: “La filosofía del Derecho se diferencia, por tanto, de otras ramas de la filosofía no

48. “Notas sobre la Filosofía del Derecho de A. KAUFMANN”, op. cit., p. 1.

49. “Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática jurídica”, op. cit., p. 27.

50. Ibidem.

porque sea más especial, sino porque lo que hace es reflexionar y discutir a la manera filosófica en torno a los fundamentos últimos del derecho, los problemas jurídicos fundamentales, proporcionándoles en la medida de lo posible, la respuesta correspondiente”⁵¹. Así, dirá a continuación, al jurista compete plantear las preguntas, los interrogantes, y al filósofo ofrecer respuestas; a tal fin para ser un buen filósofo del derecho es necesario manejar ambas disciplinas, y, curiosamente, entonces dice que esas dos disciplinas son la ciencia jurídica —que no el Derecho— y la filosofía. ¿Cómo comprender esta negación de la especialidad de la Filosofía del Derecho justo en una época donde el horizonte doctrinal de nuestra disciplina viene caracterizado por una rehabilitación de la razón práctica, dentro de la cual él mismo se sitúa?⁵².

51. Ibidem.

52. Esta caracterización ha sido y sigue siendo impulsada especialmente por filósofos e iusfilósofos alemanes. Desde Fr. KAULBACH, a través de sus múltiples estudios sobre Kant (sirvan a título de ejemplo: “*Moral und Recht in der Philosophie Kants*”, 1970; “*Der Begriff der Freiheit in Kants Rechtsphilosophie*”, en “*Philosophische Perspektiven*” Bd. 5. 1973; “*Studien für Rechtsphilosophie Kants*”, 1980, pasando por la gran aportación colectiva que bajo la dirección de M. RIEDEL, lleva el significativo; “*Rehabilitierung der praktischen Philosophie*”, Bd. 1 y 2, Freiburg, 1972).

En España ha sido puesta de relieve hace ya algunos años por J. J. GIL CREMADES (“*Un futuro posible de la Filosofía del Derecho*”, en *La Filosofía del Derecho en España*): “Creo que la Filosofía del Derecho ha de alcanzar el estatuto de filosofía práctica. Este propósito no puede llamarse de repretinación. A lo sumo, de rehabilitación. Y en este sentido sugerente y de gran contenido es el artículo de J. CRUZ CRUZ, “*Reivindicación de la razón práctica*”, en *Persona y Derecho*, nº 9, 1982, pp. 181 y ss.

En Gran Bretaña, tras el estudio lógico-analítico de la jurisprudencia de J. Austin, centrado en los conceptos fundamentales que tiene por contenido las formas de expresión y construcción del derecho positivo, la ciencia de la jurisprudencia británica acentúa decisivamente el análisis de los elementos lingüísticos en la expresión de las normas del derecho. El tratamiento científico de la jurisprudencia se desarrolla, pues, antes que en el continente sobre los fundamentos del análisis lingüístico. En esta tradición hay que incluir la obra de J. RAZ, “*Practical Reason and Norms*” (Hutchinson University Library,

Resulta llamativo que Kaufmann realice esta negación en una etapa como la nuestra donde los momentos característicos que han contribuido a deslindar la presente situación doctrinal de la disciplina, como ha señalado mi maestro M. Hurtado⁵³ cuyo legado aquí expongo, alientan todos bajo el problema de la nota de la especialidad de la misma⁵⁴. Destacaremos, en lo que sigue, los mas típicos momentos.

London, 1975). Aquí el autor desarrolla la novedosa cuestión de considerar a la Filosofía del Derecho como una *rama de la Filosofía práctica*. A la luz de esta perspectiva hace un uso iluminante de lo que llama “el análisis de las buenas razones”, o simplemente “teoría de las razones”, para explicar la naturaleza del derecho, sus características principales y sus clases de normas. Enfoque que pretende ser una alternativa, en primer lugar, a quienes *negaban toda racionalidad al derecho*, viendo a las normas como actos de voluntad, sin posibilidad de relacionarse lógicamente unas con otras y menos de justificarse, y en segundo lugar, a los recientes desarrollos de la llamada *lógica deóntica*, como teoría que puedese explicar al menos la racionalidad de las decisiones jurídicas, aún cuando no su fundamentación última. A su vez la *teoría de la argumentación* significa en la línea mas consecuente, un desarrollo mediado y parcial de los propios supuestos de la lógica deóntica, si bien tales supuestos no caracterizan el campo más amplio y complejo de la actual teoría de la argumentación jurídica. Para Raz los conceptos normativos tienen este carácter precisamente por el papel que desempeñan en el razonamiento práctico, y su análisis deber ser al mismo tiempo un análisis de dicho razonamiento. Así, Raz coloca a la jurisprudencia analítica en una perspectiva más amplia que permite una comprensión mas adecuada del Derecho. Y en esta línea, además, la noción de “razones excluyentes” aparece como un poderoso instrumento que complementa la teoría de las “razones para la acción”. Como es sabido el enfoque de las “buenas razones” inspirado en Wittgenstein ha tenido hasta hoy un desarrollo muy notable. Por citar algunos ejemplos: D. RICHARDS, “*A Theory of Reason for Action*” (Oxford, Clarendon Press, 1971) y los artículos de G. HARMAN, “*Reasons*” (en *Critica*, vol. VII, nº 21, 1975) y “*una teoría naturalista de las razones*”, (en *Dianoia*, 1975). La doctrina iusfilosófica española ha encontrado en esta línea de pensamiento una fuente muy inspirada de la que en la actualidad beben prestigiosos colegas.

53. En la nota previa al “*Manual de Filosofía del Derecho*”, Coord. PUY MUÑOZ, F. y LÓPEZ MORENO, A., Ed. Colex, Madrid, 2000, pp. XIII-XX.

54. En España la especialidad de la Filosofía del Derecho ha sido puesta de manifiesto por J. Ruiz Giménez, M. Hurtado Bautista, M. Fernández-Galiano,

a) Ante todo es preciso recurrir al proceso que ha conducido a delimitar el objeto de la consideración iusfilosófica. Nos referimos al proceso definido como de “ontologización del derecho positivo”. Una vez resuelta la consideración de la *iuris naturalis scientia*, el dominio de la ontología jurídica se había reducido al orden jurídico positivo, era inmanente al mismo: al complejo de normas de derecho vigente en una circunstancia determinada de lugar y tiempo. Ello significaba, en realidad, evadir el problema ontológico-jurídico. Hasta el punto, que para las últimas posiciones consecuentes con el sentido de ese proceso, los estudios finales en que aún hoy se consuma su significación, la reducción del ámbito ontológico del derecho a la norma jurídico positivo, considerada como realidad ideal, cercana al ser de los números de los que se ocupa la matemática, era, en definitiva, la pérdida, la destrucción de la positividad misma. De este importante hecho daba ya cuenta Legaz Lacambra en 1952⁵⁵. La existencia del derecho positivo como algo real quedaba desnaturalizada, disuelta. Esto ha sucedido con la concepción normativista del positivismo jurídico. Ciertamente, en virtud de una ley genética de “auto-crítica” y de “comprensión de lo ajeno”, dentro de ese proceso pueden hallarse los momentos en que la consideración teórico-científica del derecho se configura como tal: el instante en que el ser del derecho aparece como objeto lógico o, como indica Legaz, cuando “se descubre su peculiaridad como objeto del mundo cultural-espiritual histórico”⁵⁶.

Es sabido que el punto de partida histórico del proceso que ontologiza el orden jurídico positivo, puede ser fijado en la significación radical de la Escuela histórica. Sólo el derecho positivo de cada pueblo encuentra la justificación trascendente de ser

N. M^a López Calera, E. A. Pérez Luño y más recientemente por E. Fernández, F. Lorca Navarrete, F. Puy Muñoz y A. López Moreno.

55. “La Filosofía del derecho como filosofía y como teoría de la ciencia jurídica”, en *Derecho y libertad*, Buenos Aires, 1952, p. 27.

56. *Ibidem*.

expresión, epifenómeno del “Volksgeist”. Para ella en la dimensión de la “positividad” viene a resolverse el derecho natural, que no había sido, en rigor, negado, sino más bien resuelto en una suerte de “pseudomorfosis” del propio derecho natural, en la que se perdía como indicó Mitteis⁵⁷ lo mejor de él: su exigencia crítica, o mejor aún, como señala Wieacker “la naturalidad como instancia fundamentadora última de todo derecho”⁵⁸. La Escuela histórica no era, todavía –como advertía Galán– positivismo jurídico. Pero sus premisas para la consideración teórico-científica del derecho, será el positivismo quien las lleve a término.

Ahora bien, cuando se trata de caracterizar la filosofía jurídica, en cuanto filosofía especial, como mediadora entre la filosofía general y las ciencias jurídicas particulares el material que se ofrece a la consideración filosófico-jurídica debe proceder, ante todo, de la ciencia jurídica dogmática, de la jurisprudencia en sentido estricto. Y es precisamente aquí donde surge la dificultad primera en el orden histórico-genético de la actual filosofía del derecho. La experiencia real del Derecho no puede subsumirse, entonces, en los esquemas científico-dogmáticos de la jurisprudencia, o bien, en los esquemas científicos de la Historia del Derecho, si no es mediante conceptos empíricos generales de naturaleza inductiva. Lo que tratamos, en fin, de señalar es la dificultad constante de adecuar los datos elaborados por las ciencias jurídicas particulares, partiendo necesariamente de una fenomenología, de una experiencia general del derecho, a la consideración propia de la iusfilosofía. Dificultad ésta que presenta un carácter radical para la moderna filosofía del derecho, en tanto se la caracterice como filosofía especial según los supuestos metodológicos de las disciplinas del espíritu, esto es, conforme a las premisas filosóficas neokantianas que la informan. Un plantea-

57. “*Über das Naturrecht*”, Berlín, 1948, p. 27.

58. “*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*”, 1952, p. 228.

miento que nos sitúa ya en el segundo de los momentos en el constituirse de la actual iusfilosofía.

b) Este segundo momento es el representado por la llamada Escuela de Baden. En el seno de esta corriente es donde se evidencia, a medida que se hace de la jurisprudencia una disciplina *idiográfica* –Windelband–, ciencia de lo típico, de lo irrepetible e individual en su típica estructura, en su expresión según una tipicidad irreal o ideal dentro de la realidad cultural-histórica, a la que el derecho pertenece, se acentúan y también las consecuencias de la inserción de sus datos, de la mediatización que sus conocimientos ejercen como materias de la filosofía del derecho.

c) Pero que la dificultad es constante lo demuestra, además, la necesidad de subsumir en el esquema de la Filosofía del Derecho todo el proceso ulterior, a lo largo del cual la consideración científica del derecho ha ido abriéndose de forma decidida a las incitaciones del tema ontológico y jurídico, muy especialmente bajo el influjo de la “ética material de los valores” y de los trabajos ontológico-axiológicos de N. Hartmann⁵⁹ así como en los múltiples intentos, desde el método de la fenomenología (Reinach, Libholz, G. Husserl y el propio Kaufmann) de buscar el concepto general del derecho en un sentido material, conforme al contenido esencial de lo jurídico. Y aunque el método fenomenológico obliga “a poner entre paréntesis” los caracteres funcionales del dato jurídico positivo –lo que en él hay de más inmediato y definidor– y conduce a la pérdida de su “positividad”, no obstante, se trata de una problemática que, en gran medida, revierte sobre un concepto iusnaturalista del orden jurídico natural, entendido como “derecho natural concreto”; esto es, como estructura normativa, ética o, con menos frecuencia, jurídica, materialmente configurada y directamente aplicable a las relaciones sociales, incluso ya vinculante en sentido jurídico o ético. En definitiva se

59. Vid: con desarrollo de la estimativa jurídica en López Moreno, A. en “*Manual de Filosofía del Derecho*” (PUY MUÑOZ F, y LÓPEZ MORENO, A. Coord., Ed. Colex, Madrid, 2000).

trata de obtener del contenido de una visión histórica el *tipo ideal* del orden jurídico, y ello no es posible a través de un concepto genérico fundado en una consideración general, sino que lo que se pretende es captar el fenómeno del derecho en su “orientación general mediante lo característico, la cosa en su expresión típica, incluso el caso ideal”⁶⁰.

Como vemos tampoco en sentido material logra la filosofía jurídica un concepto del derecho que exprese su esencial contenido, de conformidad con el material elaborado por los niveles más especializados de la teoría científica. Subsiste la dificultad de conseguir un concepto filosófico del derecho que sea capaz de articularse en un sistema filosófico obsoleto, general, mientras se siga el camino lógico que parte, no de la filosofía general, sino de las ciencias jurídicas particulares, tal y como pretendió la caracterización neokantiana de la filosofía jurídica en cuanto “filosofía especial”. Y de aquí la inestable posición y falta de toda fijeza del que ha venido representando el punto de apoyo en el moderno desarrollo doctrinal de la filosofía del derecho; nos referimos a la “teoría general del derecho”; la investigación lógico-analítica del orden jurídico encaminada a hallar su estructura formal. En ella resuena con el eco de su origen dentro del positivismo jurídico, esto es, su naturaleza inductiva y generalizadora.

Hoy aún, al revisar su encuadre dentro de la temática propia de la iusfilosofía hay que preguntarse si aquel tema constituye, en rigor, una consideración filosófica –por lo demás, de carácter formal, y por tanto, insuficiente–, o bien una consideración científico material, cuyo contenido se limita al ámbito dogmático de cada orden jurídico positivo. Sin que, tampoco, la mera generalización de ese objeto, al modo de una “ciencia del derecho comparado”, como *genus*, pudiera elevarla a un plano distinto al de la dogmática jurídica, como *especies*.

60. TROELTSCH. E., “*Der Historicismus und seine Probleme*”, G. Schr. III, p. 566; VIERKANDT, “*Gesellschaftslehre*”, pp. 19 a 20 cit. por H. COING, op. cit., p. 7, n° 2.

d) Y, en fin, ya desde una posición actual, es posible advertir, en la más reciente evolución de la filosofía del derecho, un curioso desfasamiento típico respecto de la filosofía general. Una pérdida de ritmo histórico-filosófico en el proceso inmediato de las teorías jurídicas, e incluso una indudable indigencia en su interna tarea especulativa. Acierta Fechner, cuando hace ya varios decenios afirmaba que la filosofía del derecho ha sido arrastrada en pos de la filosofía general. Es más, venía a constituir la expresión del positivismo científico-natural, del neokantismo, de la neoescolástica, de la filosofía de los valores, de la fenomenología, de la hermeneútica, de la teoría del discurso e incluso de la teoría de la justicia. Todo cuanto la filosofía general ha venido descubriendo y construyendo ha sido aplicado, sin más, al ámbito objetivo del derecho.

Nadie niega hoy que el positivismo contribuyera decisivamente a fijar los supuestos de la moderna filosofía del derecho, pero desde luego también se mostró incapaz de conferirle autonomía suficiente como disciplina filosófica. Mientras se prolongara la situación determinada por el positivismo, ningún nuevo impulso podía surgir en el seno de aquella desde dentro del esquema de la ciencia jurídica. Se precisaba del encuentro con un pensamiento ajeno al propio positivismo, para que la ciencia del derecho volviera sobre sí misma y estableciera los supuestos de la moderna filosofía jurídica. De ahí la situación típica de esta disciplina, donde tendencias filosóficas tan diversas sólo han podido ejercer su influjo cuando ya su momento de vigencia había pasado.

Todo esto muestra cómo el carácter especial de la iusfilosofía ha sido planteado sobre bases falsas; y esta situación la evidencia el hecho actual de su propio desmembramiento, de la ruptura de su unidad trascendente como disciplina filosófica. Así pues, el urgente cometido de la filosofía del derecho hoy es el de reivindicar su rango y posición como filosofía en el conjunto del saber científico-jurídico. La afirmación de la unidad de la filosofía, es

decir, la unidad trascendente en que se insertan cualquiera consideraciones de rango filosófico sobre sectores determinados de lo real y sobre los problemas específicos de cada uno de ellos: la unidad de la filosofía como síntesis racional, esto es, en cuanto “ciencia” de conocimientos objetivos, que no consiente ser desmembrada en una serie de “filosofías especiales”. Lo cual no significa que hayamos de renunciar a aprovechar de las ciencias particulares sus resultados más fundados críticamente, más coherentemente tratados en un sistema de conocimientos, esto es, en la unidad sistemática de cada ciencia. Resultados que no podemos olvidar que la propia filosofía hace posibles fundamentando dentro de su ámbito los principios supremos de las diversas ciencias, así como la unidad formal de los respectivos sistemas. Por otra parte, además, la unidad trascendente de la filosofía, radicada en la metafísica, es la que impide desarticular el esquema interno de sus disciplinas para llegar a una hipostatización de la “axiología jurídica”, de la “ontología jurídica”, de la “lógica jurídica”, no como miembros analogados en el todo del esquema filosófico, sino como consideraciones filosóficas que se hipostatizan sobre el plan del saber científico. Se le dota, ciertamente, de unidad sistemática, no conforme al grado de abstracción filosófica, dentro del sistema filosófico-jurídico en su totalidad trascendente, es decir, a un mismo nivel epistémico de fundamentación racional en los respectivos contenidos conceptuales, sino en relación con el grado de actualidad inteligible correspondiente a las diversas ciencias jurídicas particulares, todo lo cual significa la negación de los supuestos epistemológicos en que descansa el carácter del conocimiento filosófico, incluso el grado de su pretendida “especialidad”, dentro de su unidad material y de sus relaciones con el conocimiento de las ciencias.

En suma, la “filosofía especial” del derecho no constituye un cierto “*tercius genus*” en el sistema de relaciones entre la filosofía general y las ciencias jurídicas particulares. No existirá, así, el escrúpulo de constituirla en “simple apéndice” de esa filosofía

general o en una “disciplina mediadora” como señala H. Coing⁶¹, o de hacer de ella una filosofía aplicada como pretendieron Fechner⁶² y Friedrich⁶³, ni tampoco el temor de asignarle un contenido abstracto, para deducción de las premisas filosóficas generales como hacía Rothacker⁶⁴, perdiendo así todo contacto con la realidad viva del derecho.

En fin, la filosofía del Derecho, como síntesis racional de carácter científico de conocimientos objetivos, acoge perfectamente la “*propiedad de sentido específico*”, la “propiedad del deber

61. “A diferencia de la filosofía general, la filosofía del derecho abarca sólo una sección relativamente reducida del mundo del hombre...: a la filosofía del derecho sólo interesa el macrocosmos de la vida social. Es natural, empero, que pese a esa limitación de su objeto la filosofía del derecho no pueda cumplir su última tarea —la de la interpretación— sin apoyarse en la filosofía general y sin tomar de ella sus perspectivas: es inimaginable una filosofía del derecho que careciera del fundamento de una filosofía general... La tarea específica de la filosofía del derecho no puede consistir sino en establecer un *enlace* entre su especial objeto —el orden jurídico— y la filosofía... Su papel es, pues, de *mediadora* entre un determinado sector de la actividad humana y la interpretación general de la vida del hombre... Esta *mediación* es necesaria, porque la vida jurídica muestra poner una legalidad propia, característica y exclusiva, y da lugar a una *problemática especial* que no puede ser resuelta por simples deducciones a partir de premisas filosóficas...; y por ello la filosofía del derecho no puede limitarse a ser un *apéndice* deductivo de la filosofía general; más bien hay que cubrir con ella la necesidad de una disciplina *mediadora* que gracias a un especial conocimiento de la vida jurídica descubra las cuestiones filosóficas que dicha vida suscita, haciendo así —por una parte— fructífero el derecho par la filosofía, y fecunda —por otra— la filosofía para el derecho”, trad. cart. de J. M. Mauri, Eds. Ariel, Barcelona, 1961, pp. 19 y 20.

62. “Reschtsphisophie als sachlich besgrenztes *Teilgebiet* der Philosophie muss aber nicht nur gegenüber der Praxis, sondern auch gegenüber der Theorie, d.h. hier gegenüber der Philosophie selbst, Vorbehalte machen, wenn sie sein will, was sie sein soll”. Op. cit., p. 4.

63. “Ond es muss... wenigstens skizzenhalf, auge deutet werden, auch welchem philosophischen Boden sich der betreffenden Beitrag zur Rechtsphilosophie er bewegt, d.h. aus welcher philosophischen Gesamtauschauung er hervorgegangen in, en “*Die Philosophie des Rechts in historischer Perspektive*”, Berlin, Gottingen, Heidelberg, 1955, p. 2.

64. Op. cit., p. 21.

ser”, la “legalidad propia” del sector de la realidad acotado por el derecho. Ahora bien, no se trata de una relación extrínseca entre las premisas filosóficas y los problemas específicamente jurídicos. Surge entonces una “teoría del derecho sobre fundamentos filosóficos”, o una “consideración filosófica del derecho positivo”, denominaciones que responden más bien al sentido de una “teoría general”, con los caracteres que antes significábamos y con igual falta de fijeza en sus bases epistemológicas.