



LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE ARTHUR KAUFMANN

Gregorio Robles

1. LA RECHTSPHILOSOFIE (1997) DE A. KAUFMANN

Arthur Kaufmann nació en 1923 y ha muerto el año pasado, 2001. Es, pues, un representante de la filosofía jurídica de la segunda mitad del siglo XX. Discípulo de Radbruch, su obra entera refleja el influjo del maestro, de tal modo que puede rastrearse el hilo conductor radbruchiano desde sus escritos primeros hasta los postreros. Sin embargo, hay otras dos características de su pensamiento que no pueden ser descuidadas para comprender la índole de su obra. Me refiero, en primer lugar, a la fuerte impronta que se percibe en sus escritos de la *philosophia perennis*, singularmente de Tomás de Aquino; y, en segundo lugar, al hecho de ser Kaufmann un espíritu abierto a las novedades del tiempo, característica ésta que hace que de continuo esté incorporando a su obra escrita temas y tendencias de actualidad. Estos tres rasgos, la continuidad respecto a Radbruch, su apego a Aquino y el gusto por asimilar lo coetáneo, han generado, probablemente, un estilo ecléctico de pensamiento que, si bien justamente por ser ecléctico no acaba de satisfacer, no es menos cierto que es sugerente por la agilidad con que introduce el vino nuevo en odres viejos.

En este estudio me propongo tan sólo comentar algunos puntos de su obra más importante: *Rechtsphilosophie* (Editorial Beck, Múnich 1997), la cual es una segunda edición notablemente ampliada de *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, publicada por la misma editorial en 1994.

Aunque Kaufmann sostiene que los tratados clásicos de Filosofía del Derecho llegaron a su fin con la obra *Rechtsphilosophie* (1932) de Gustav Radbruch, todos los indicios parecen conducir a que él mismo ha querido presentar algo similar, y, en ese sentido, habría que afirmar que su obra principal constituye una continuación de las Filosofías jurídicas “clásicas”. Por tales hay que entender aquellos tratados que ofrecen la materia de forma completa (o casi completa) y de acuerdo con un sistema, que suele englobar, al modo de las disciplinas de la dogmática jurídica, una “parte general” y una “parte especial”.

En la “parte general”, los tratados “clásicos” suelen abordar los siguientes temas: el concepto de la Filosofía del Derecho y su diferenciación respecto de las Ciencias jurídicas, de modo especial respecto de la Dogmática jurídica y la Doctrina general del Derecho; la cuestión del método jurídico; el concepto de Derecho; su relación con los valores, en especial la justicia; el Derecho en su relación con otros órdenes normativos, sobre todo con la moral, pero también con los usos sociales y la religión; el problema de la validez del Derecho y, consecuentemente, de la obediencia o desobediencia al mismo, y también los conceptos jurídicos fundamentales desde una perspectiva filosófica (norma, coacción, persona, etc.). Como puede apreciarse, esta “parte general” se centra en el desarrollo de las grandes ideas filosófico-jurídicas. Sirve, además, como preparación para abordar la parte especial.

En la “parte especial” de los tratados de Filosofías del Derecho “clásicos” se abordan los temas concretos sobre los cuales se aplican los principios establecidos en la parte general. Puede denominarse a esta parte Filosofía de las instituciones jurídicas cuando

se centra en averiguar el sentido filosófico de las instituciones, como el contrato, la sanción penal, el Estado o la sociedad internacional. También puede abordar temas candentes como los límites de los derechos fundamentales, el aborto, la guerra, o el derecho de resistencia. Incluso puede suceder, y casi se puede decir que es lo más frecuente, que esta parte especial sea una mezcla de ambas cosas, de estudio filosófico de las instituciones y de los problemas que la actualidad plantea en relación con ellas. Así por ejemplo, es evidente que el aborto tiene que ver con el derecho a la vida y con la sanción penal, de igual modo a como la guerra está directamente vinculada a las relaciones entre los Estados en el seno de la sociedad internacional.

Si leemos el índice de la obra de Radbruch, traducida fielmente por José Medina Echavarría (un autor importante, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia y Letrado de las Cortes españolas en la República, y que se dedicaría en el exilio a la sociología, siendo traductor de la obra principal de Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*; hoy, sin embargo, olvidado como tantos otros) notaremos enseguida esta estructura dual: los primeros 16 capítulos están dedicados a la “parte general”, mientras que los 13 siguientes se ocupan de los temas de la “parte especial”. Sin embargo, Radbruch no establece la división formal en las dos partes señaladas, limitándose a enumerar los capítulos correspondientes.

Pues bien, la obra de Kaufmann tiene una estructura similar y, además, tampoco delimita las dos partes, sino que, al igual que su maestro, divide la obra en simples capítulos. Puede decirse *grosso modo* que los doce primeros se dedican preferentemente a la “parte general”, mientras que los ocho últimos se centran en problemas específicos; aunque ciertamente importantes, que constituirían la “parte especial”.

Por todo ello, aunque Kaufmann dude del acierto del título y sostenga que ya pasó la época de los sistemas, de las exposiciones globales y cerradas de la Filosofía jurídica, lo cierto es que ha

elegido el título *Rechtsphilosophie*, y, a mi entender, lo ha hecho correctamente, pues de la lectura se desprende que su autor tiene la intención de ofrecer, si no un sistema completo y acabado, sí algo que se le parezca, de modo similar a Radbruch. Y no es convincente la excusa de que los sistemas no pueden darse en este mundo tan complejo que vivimos (p. VIII del Prólogo), pues es obvio que el mundo siempre es más complicado que el pensamiento y también lo es que la Filosofía *velis nolis* tiene vocación sistemática.

En lo que no puedo estar de acuerdo es en que la *Rechtsphilosophie* de Gustav Radbruch sea la “última” filosofía jurídica sistemática. Kaufmann tendría que haber citado, por lo menos, la obra de Luis Legaz y Lacambra, *Filosofía del Derecho* (Ed. Bosch, 5.ed., 1979), traducida al alemán de la 2ª edición también con el título *Rechtsphilosophie* (Editorial Hermann Luchterhand, 1965), que también ostenta el porte sistemático comentado, si bien la parte especial es notablemente reducida si se la compara con la general.

Para interpretar el pensamiento de Kaufmann se plantea la cuestión del valor que hay que dar a esta última obra suya en relación con su producción anterior. Mi opinión a este respecto es que Kaufmann fue, durante prácticamente toda su vida académica, un autor de ensayos en los cuales sobresalía la intención de plasmar los debates del momento, pero que en los últimos años de su vida emprendió la tarea de presentar su pensamiento lo más sistematizado posible. Kaufmann apenas fue un autor de libros de porte sistemático, si se exceptúan sus estudios para obtener el grado de doctor (*Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Mainz 1949) y para alcanzar la habilitación en la docencia universitaria (*Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg 1961). Estos dos trabajos, dedicados básicamente al derecho penal, constituyen una excepción en su labor de publicista. Sólo en los últimos años de su vida intentará Kaufmann la síntesis de sus posiciones. Primero

lo hará, a modo de escritos preparatorios, en la Revista *Jura*, en la que publica durante los años 1992 y 1993 una serie de artículos con el título “*Rechtsphilosophie zum Mitdenken*”. Una versión ampliada de estos escritos, ya en forma de libro, aparece en 1994 con el título *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, y subtítulo *Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken*. Aunque su autor advierte en el Prólogo que no se trata de una exposición completa de la Filosofía jurídica, el libro no deja de evocar lo que es un pequeño tratado. La obra se consume y completa pocos años después al publicarse el libro objeto de nuestro comentario, *Rechtsphilosophie* (1997). Nos dice Kaufmann en el Prólogo que ha elegido este título porque, aunque no presente un sistema “cerrado” de Filosofía del Derecho, sí se trata de una obra de porte sistemático.

La *Rechtsphilosophie* de Kaufmann representa, por consiguiente, la síntesis de sus ideas, el resumen de toda su vida intelectual como filósofo del derecho. Su génesis en tres etapas sucesivas, en las que la obra va adquiriendo más cuerpo y perfeccionándose, apoya la idea de que su autor veía este libro como lo que la apariencia del título sugiere: su legado filosófico-jurídico presentado de forma sistemática. Puede resultar llamativo que yo presente aquí a Kaufmann como un continuador de la filosofía jurídica de Gustav Radbruch, pero creo poder decir que del análisis objetivo de su última obra es lo que se desprende. Quien pretenda otra cosa tendrá que mostrar el sistema de ideas que se extrae de sus escritos de artículos y ensayos y contrastarlos con sus últimos libros. Podrá comprobar entonces que, por debajo de la permanente inquietud sobre los temas del momento, en Kaufmann siempre se encuentra una corriente subterránea que nunca abandona y que se llama Gustav Radbruch. No sólo es éste el autor más citado, sino asimismo el más seguido.

Se me preguntará, por ejemplo: ¿Y dónde queda entonces el Kaufmann cultivador de la hermenéutica? Pues queda, respondería, en la superficie de su pensamiento, esto es, como un “te-

ma” más de la filosofía jurídica, mas no como el enfoque desde el cual se analizan los problemas. Lo que vamos a tratar de desvelar aquí es el fondo de su pensamiento, y no las ideas que, dominantes en el ambiente, se quedarían en la superficie. En ese sentido, puede afirmarse sin lugar a dudas que la *Rechtsphilosophie* de Kaufmann no es una obra de Filosofía hermenéutica del derecho, sino que en ella la relación entre el derecho y el lenguaje es tan sólo un problema más que la Filosofía jurídica tiene que abordar.

2. FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA DEL DERECHO

A comienzos de los años 70 se puso de moda en Alemania un debate en torno a la posibilidad de una disciplina denominada “Teoría del Derecho”, que habría de responder a planteamientos epistemológicos alejados lo mismo de las concepciones iusnaturalistas que del positivismo jurídico y los productos intelectuales de este último, en concreto la Doctrina general del Derecho y la Filosofía del Derecho.

Conviene que nos detengamos un momento en aclarar el último punto. En efecto, tanto la llamada “Doctrina general del Derecho” (*allgemeine Rechtslehre*) como la denominada “Filosofía del Derecho” (*Rechtsphilosophie, Philosophie des Rechts*) constituyen disciplinas cuyo origen se debe al ambiente intelectual creado por el positivismo. Puede afirmarse que la Doctrina general del Derecho es un producto inmediato de la mentalidad positivista, mientras que la Filosofía del Derecho viene a ser algo así como el complemento necesario a la existencia de las “verdaderas” Ciencias jurídicas (“verdaderas” en el sentido de positivas), por tanto, un resultado mediato. La Filosofía del Derecho se genera para trascender el positivismo, pero en un plano distinto al de la ciencia; contando, pues, con el positivismo. Esta corriente subraya con gran énfasis la separación entre Ciencia y Filosofía.

Habría, por consiguiente, una o varias Ciencias jurídicas, que se encargarían de la investigación de la realidad positiva del Derecho, desligada de los valores, y junto a ellas, pero en un plano diferente de racionalidad, se situaría una disciplina *no científica* cuyo cometido central consistiría en la reflexión sobre los valores jurídicos.

Si se dejan de lado las Ciencias empiristas (Sociología del Derecho, Psicología jurídica, etc.), el debate de los últimos treinta años gira en torno a las relaciones entre los modos de conocer propios de los juristas; en concreto, entre la Dogmática jurídica y la Filosofía del Derecho. La Dogmática alcanza su nivel culminante y generalizador en la Doctrina general del Derecho. Ésta, en su origen, presenta, por decirlo así, un carácter local: cada ordenamiento jurídico tiene su propia Dogmática, elaborada en torno a las normas de aquél, y los conceptos propios de la Dogmática (o, para ser más exactos, de las diversas partes o disciplinas dogmáticas) se resumen y culminan en una Doctrina general del Derecho que, por su propia génesis, no puede recabar para sí el título de universal o aplicable a todos los ordenamientos jurídicos. Su generalidad es, por tanto, relativa, ya que está en función de un ordenamiento concreto. Poco a poco, sin embargo, y de la mano de los “neos” filosóficos (neokantismo, neohegelianismo) y de otras corrientes (como la fenomenología) la Doctrina general del Derecho ha ido ampliando su campo y su perspectiva metódica, pretendiendo cada vez más un alcance universal.

Junto a este proceso, tiene lugar otro paralelo: la crisis del modelo positivista del conocimiento y la aparición de nuevas propuestas superadoras tanto del positivismo jurídico como de la concepción del Derecho natural. Estas propuestas se llevan a cabo desde distintos ángulos y con resultados muy dispares.

Es en este contexto en el que hay que entender la aparición de la “Teoría del Derecho” (*Rechtstheorie*). No quiere decirse con esto que la denominación “Teoría del Derecho” no existiera desde antes. Lo que es nuevo es el significado que la expresión ad-

quiere. No puedo estar de acuerdo con la tesis de Ralf Dreier, quien en definitiva viene a equiparar “*Allgemeine Rechtslehre*” y “*Rechtstheorie*” (véase al respecto R. Dreier: *Was ist und wozu allgemeine Rechtslehre*, Tubinga 1975, trad de G. Robles en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1976, con el título *Concepto y función de la Teoría general del Derecho*). La polémica en torno a la Teoría del Derecho, que aún no ha acabado, sugiere que esta equiparación es una simplificación inaceptable.

Ahora bien, la Teoría del Derecho se encuentra hoy ante un *carrefour*: o bien se siente heredera de la Doctrina general del Derecho y, sobre la base del Derecho comparado, pretende sustituirla pero sin cambiar su planteamiento de fondo, esto es, su fidelidad al credo positivista; o bien se plantea superar a este último, por considerar estrecho el marco de racionalidad en que se desenvuelve. En el primer caso no se habría avanzado mucho y quedaría en pie la dualidad Teoría del Derecho/ Filosofía jurídica, dominante en los dos últimos siglos. En el segundo, estaríamos ante un planteamiento muy diferente que desembocaría en la abolición de la Filosofía del Derecho que, como digo, es una creación intelectual propia del ambiente positivista, y su consecuente sustitución por la Teoría del Derecho. A ésta ya no se la entendería como una prolongación de la Doctrina general del Derecho, sino como *la parte del conocimiento filosófico-científico* que tiene por objeto la reflexión sobre el Derecho.

Esta postura supone poner en entredicho la rígida separación entre Ciencia y Filosofía. También aquí opera un poderoso “prejuicio positivista”, del que es necesario desembarazarse sin complejos. El positivismo estableció como uno de sus dogmas inamovibles la tajante diferenciación entre Ciencia y Filosofía. Mientras que a la Ciencia le correspondería el monopolio del conocimiento digno de ese nombre, caracterizado por la *seguridad* de sus resultados, a la Filosofía se la cargaría con el sospechoso fardo de lo ideológico, de lo opinable, que siempre es

manifestación de *inseguridad* en los resultados. Esto sucede porque el positivismo maneja un concepto muy restrictivo de racionalidad, que en su esencia es el propio de las Ciencias físico-matemáticas.

Hoy podemos decir que la seguridad de la Ciencia es también relativa. En último término, no hay hechos nudos sino interpretaciones. Tan “seguro” es que dos y dos son cuatro, como que matar a un niño es una acción moralmente mala, reprobable.

Además, en las Ciencias sociales, y en las que tienen como objeto la investigación del Derecho, la seguridad aducida prácticamente es inexistente. ¿Por qué razón se ha de admitir que la teoría de las normas jurídicas es un asunto de “Ciencia”, mientras que la teoría de la decisión racional pertenece a la “Filosofía”? Se arguye que hay múltiples posiciones en cuanto a la racionalidad de la decisión jurídica, pero ¿acaso no sucede lo mismo con el concepto y los tipos de normas del Derecho? ¿No existen también a ese respecto múltiples posiciones encontradas?

Si se entiende la Teoría del Derecho de esta forma, como una Ciencia filosófica o una Filosofía científica, es evidente que sobra la Filosofía del Derecho con sus connotaciones ontológicas y epistemológicas, al haber surgido esta última en el ambiente del positivismo. Éste es, creo, el gran debate de nuestros días.

En él entró también Arthur Kaufmann, pero, en mi opinión, sin darle la respuesta adecuada. Veamos por qué.

Ya en el frontispicio de su obra principal, *Rechtsphilosophie* (1997), pág. 7, presenta su propuesta de “posicionamiento sistemático” en estos términos: la Dogmática jurídica es “la ciencia del sentido normativo del Derecho positivo vigente; la Sociología jurídica es “la Ciencia de las regularidades (se entiende, fácticas) del Derecho y de la vida jurídica”, a la Filosofía del Derecho le corresponde la investigación del “Derecho como debe ser, del derecho ‘correcto’, del derecho ‘justo’, o sea, es la *doctrina de la justicia*”.

Añade a continuación el siguiente párrafo: “En los tiempos más recientes ha tomado carta de naturaleza distinguir entre Filosofía del Derecho en sentido propio y *Teoría del Derecho*, pero hasta el momento no se ha conseguido establecer una clara línea de separación entre ambas”.

Esta perplejidad ya la sintió Kaufmann muchos años antes. En su opúsculo *Wozu Rechtsphilosophie heute?* (Athenäum Verlag, Francoforte del Meno 1971) puede leerse: “hace unos pocos años por Teoría del Derecho se entendía lo mismo que lo que designa la Doctrina general del Derecho, esto es, no otra cosa que la Teoría de los conceptos jurídicos fundamentales, quizás también incluyendo la metodología jurídica. Hoy, el ámbito de la Teoría del Derecho se ha ensanchado considerablemente; a modo de ejemplo, diremos que a la Teoría del Derecho se le adscribe también la Lógica de las normas, la Teoría del lenguaje jurídico, la crítica de la Dogmática, la Teoría de la Ciencia, la Epistemología, la Teoría de la decisión y la Teoría sistémica aplicadas a la Ciencia del Derecho, la Tópica jurídica, la Teoría de la legislación, y otras cosas más aún. No es posible la enumeración completa, habida cuenta de que todo aquí se encuentra en proceso de formación. Asimismo sucede con los contornos de la Teoría del Derecho, los cuales se presentan tan borrosos que difícilmente se pueden delimitar con claridad respecto de los de la Filosofía del Derecho y los de la Dogmática jurídica. No es posible en absoluto perfilar con carácter de validez general la diferenciación entre Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho, pues esta cuestión de la diferenciación entre ambas constituye un problema aporético de la Filosofía del Derecho” (pág. 21). Puede decirse, a tenor de este significativo párrafo, que el problema de la relación entre Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho, no estaba ni siquiera bien planteado.

Conclusión que viene avalada por el hecho de que en el mismo año, en el Prólogo al libro *Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis* (Verlag C. F. Müller, Karlsruhe 1971),

del que Kaufmann es coordinador, subraya que la principal función de la Teoría del Derecho es la crítica de la Dogmática jurídica, destacando que tiene una tarea política o al servicio de la justicia (pág. 3). Por esa razón le adscribe ahora el calificativo de “crítica” y habla de “Teoría crítica del Derecho”. Quedan entonces varias interrogantes en el aire. Si la Teoría del Derecho es, en su esencia, crítica del Derecho y de la Dogmática jurídica al servicio de la justicia, ¿en qué se diferencia de la Filosofía del Derecho entendida como “Doctrina de la justicia”? ¿Habría que admitir que Kaufmann sostiene entonces que la Filosofía del Derecho “clásica” se ve desplazada por la moderna “Teoría del Derecho” y que ésta sustituye a aquélla incluso en su terreno más propio, cual es la Teoría de la justicia? Y de no ser así, sino que mantiene la dualidad, ¿cuál es entonces el criterio diferenciador?

Seis años después de estos escritos se publica la obra más conocida del grupo académico que dirigió Kaufmann, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, coord. por A. Kaufmann y W. Hassemer (C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg-Karlsruhe 1977), en la cual el capítulo primero, escrito por Kaufmann, se titula “Filosofía del derecho, Teoría del Derecho, Dogmática jurídica”. A la hora de diferenciar la Filosofía del Derecho y la Teoría del Derecho, y establecer sus recíprocas relaciones, las dudas se apoderan de nuevo de la escena. Ante la cuestión, Kaufmann confiesa paladinamente que se siente en un apuro (“*man gerät in Bedrängnis*”) (pág. 10) y acaba por reconocer que “al día de hoy no hay un criterio que permita la delimitación entre la Teoría del Derecho y la Filosofía del Derecho” (pág. 11).

En la quinta edición de esta obra (año 1989, que es la traducida al español con el título *El pensamiento jurídico contemporáneo*, ed. por G. Robles, Editorial Debate, Madrid 1992), Kaufmann añade al anterior un breve párrafo que apunta en la dirección que, creo, para él sería la definitiva. Dice así: “todo lo más se puede establecer una cierta orientación aproximativa en este tema

diciendo que la Teoría del Derecho se ocuparía más de los aspectos formales y estructurales mientras que la Filosofía del Derecho en sentido estricto o restringido se encargaría más de los contenidos materiales” (pág. 12 de la ed. alemana, 36 de la española).

Sorprendentemente, en la sexta y última edición de esta obra (1994), Kaufmann cambia gran parte del contenido del epígrafe 1.5 (“*Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*”).

Dice ahora: “El hecho de que junto a la Filosofía del Derecho exista también la Teoría del Derecho es algo que sólo se puede explicar históricamente. Ciertamente, la designación ‘Teoría del Derecho’ es antigua, mas su utilización para una disciplina especial de los estudios jurídicos apenas va más allá de los últimos tres decenios. Y aún así, la disciplina Teoría del Derecho no es tan nueva, habida cuenta de que en el siglo XIX y comienzos del XX lo que cursaba bajo la etiqueta de ‘Doctrina general del Derecho’, si bien no es exactamente lo mismo, sí es algo muy similar a la actual Teoría del Derecho. Por lo demás –continúa Kaufmann–, es muy borrosa la distinción de Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho. Que la Filosofía del Derecho está más dirigida a los contenidos materiales, y la Teoría del Derecho tiene una orientación más formal, es algo correcto sólo *cum grano salis*; puesto que la materia no existe sin la forma, ni la forma sin la materia, hay que convenir que no es posible establecer una exacta demarcación. La Teoría del Derecho tiene en común con la Filosofía del Derecho que no se limita al Derecho vigente (asimismo, que procede por principio de modo trascendente al sistema), sino que, aunque con frecuencia sólo indirectamente, apunta al ‘derecho correcto’; y no se ocupa tampoco de los hechos jurídicos, como hace la Sociología del Derecho” (págs. 10-11). Y concluye: “En el fondo, la Teoría del Derecho contrasta con la Filosofía del Derecho sólo por el motivo que la genera: se trata de conseguir la “*emancipación*” de la Filosofía, el jurista pretende contestar por sí mismo a las preguntas filosóficas que

plantea el Derecho y hacerlo en terreno propio como una especie de ‘Filosofía de juristas’” (pág. 11).

Creo que Kaufmann se refiere aquí a unas afirmaciones más en mi libro *Introducción a la Teoría del Derecho* (Editorial Debate, Madrid, 1988), sobre el cual también tuve la oportunidad de conversar con él en la *Longinusstrasse*, donde tenía su domicilio en Munich, con ocasión de los preparativos para la edición española del libro al que me he referido antes. Por eso, supongo, me menciona en la bibliografía del capítulo, aunque no en el texto.

Permítaseme citar los párrafos pertinentes de mi *Introducción*. Digo en el Prólogo: “Lo que al autor de este libro le ha preocupado al escribirlo es encontrar un camino idóneo para el desarrollo de una filosofía jurídica *útil a los juristas*, adaptada a sus problemas y a sus inquietudes. Esta preocupación no es el resultado de un cómodo propósito, sino consecuencia de la convicción profunda de que de la misma manera que es estéril una filosofía de la física que prescindiera de ésta, así también es un contrasentido una filosofía del derecho sin derecho. Esta filosofía jurídica para juristas es designada *Teoría del Derecho*. En ella el filósofo y el jurista se dan la mano” (pág. 11). En esta línea hay que situar mi caracterización primero de la Filosofía del Derecho y después de la Teoría del Derecho como “*Análisis del lenguaje de los juristas*” (véase a este respecto G. Robles, *Epistemología y Derecho*, ed. Pirámide, Madrid, 1982, pág. 20; *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos*, Universidad de Palma de Mallorca, Palma 1984, págs. 269 y ss., en la edición en alemán de este libro págs. 223 y ss. se recoge el *Anhang II* titulado “*Die Rechtstheorie als Analyse der Sprache der Juristen*”) y como “*Teoría hermenéutico-analítica del Derecho*” o “*Teoría comunicacional del Derecho*” (véase G. Robles, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit. *passim*; *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*, Ed. Civitas, Madrid 1998, págs. 129 y ss.; *El Derecho como texto. Cuatro estudios de Teoría comunicacional del Derecho*, Ed. Civitas, Madrid 1998). Tres

designaciones (Análisis del lenguaje de los juristas, Teoría hermenéutico-analítica del Derecho y Teoría comunicacional del Derecho) que, en mi concepto, apuntan a lo mismo desde distinto y complementario enfoque.

Cuando, según lo dicho por Kaufmann hasta aquí, ya creíamos que por fin iba a establecer una delimitación, aunque fuera borrosa, entre Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho, algo así como una distinción entre una Filosofía jurídica para juristas y hecha por juristas y otra para filósofos (y lectores en general) y hecha por filósofos, resulta que da marcha atrás y vuelve a las andadas, esto es, a su tesis de que no existe un criterio separador y que, en todo caso, la distinción radicaría tan sólo en el acento, en que la Teoría del Derecho se centra en los aspectos formales y estructurales, y la Filosofía del Derecho más en los de contenido (Kaufmann, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6 ed. cit. págs. 12 *in fine* y 13).

Después de esta exposición, que muestra el tratamiento ambiguo e inseguro que Kaufmann dio a lo largo de sus escritos al problema que nos ocupa, volvemos a nuestro punto de partida: el comentario de su obra principal.

Sacamos la conclusión de que, a pesar de que manifiesta que no hay clara diferenciación entre ambas disciplinas, en realidad sí establece una diferencia básica que lo dice todo, y no es otra sino que la Teoría del Derecho se centra en los aspectos estructurales y formales mientras que la Filosofía del Derecho lo hace en los materiales y por esa razón es, antes que nada, una “*rationale Theorie der Gerechtigkeit*”, una *Teoría racional de la justicia* (*Rechtsphilosophie*, pág. 9). Además de esto, para Kaufmann, no hay, en definitiva, una clara distinción entre la Teoría del Derecho y la Doctrina general del Derecho surgida en el seno del positivismo jurídico (cfr. *Ibidem*, pág. 12), aceptando así la tesis de Dreier. Prueba manifiesta de esa identificación es que pone, como expresión básica de la Teoría del Derecho, a la doctrina de Kelsen (cfr. págs. 13 y ss.), si bien, dicho sea de paso, registra respecto

de éste dos errores: el considerar la *Allgemeine Theorie der Normen* (obra de Kelsen publicada en 1979, y no en 1980 como se dice en el libro de Kaufmann) como una obra de Lógica normativa, cuando en realidad en ella Kelsen niega la posibilidad de tal Lógica; y, sobre todo, considerar a Kelsen como proveniente del Círculo de Viena o del neopositivismo lógico de Carnap (cfr. págs. 13 *in fine* y 14), con el cual tuvo poco que ver, como no fuera un “cierto aire de familia” (véase sobre la relación entre el *Wiener Kreis* y la *Wiener rechtstheoretische Schule*, el libro reciente, coordinado por Clemens Jabloner y Friedrich Stadler, *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule*, Ed. Springer, Viena-Nueva York 2001, así como la recensión de G. Robles que aparecerá en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2002).

En resumidas cuentas, puede afirmarse que la posición de Kaufmann, después de tantas vueltas, es que la Teoría del Derecho viene a ser la Doctrina general del Derecho propia del positivismo, ampliada con otros temas de carácter predominantemente formal, mientras que para la Filosofía del Derecho quedaría el gran tema de la justicia. Una postura que concuerda con la concepción tradicional, esto es, con la defendida por la Filosofía del Derecho surgida en el marco del positivismo. Es la posición defendida, sin ir más lejos, por el propio Gustav Radbruch, quien sostiene lacónicamente que “la Filosofía del Derecho como consideración valorativa del Derecho sería así la ‘doctrina del Derecho justo’ (Stammler)” (Gustav Radbruch, *Filosofía del Derecho*, 4ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1959, trad. por José Medina Echavarría; la expresión de Stammler, que después repite Larenz para una obra de similar título, *Richtiges Recht*, 1979, está mejor traducida como “Doctrina del Derecho correcto”, pues para el calificativo “justo” existe la palabra *gerecht* y para “Derecho justo”, *gerechtes Recht*. Pueden citarse múltiples autores que mantienen similar posición).

Kaufmann, pues, separa y no separa Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho. Mantiene un juego ambiguo con los dos conceptos sin atreverse a dar un paso definitivo en una dirección determinada. Esa es la “razón” de que, además de decir cosas contradictorias (como que no se puede separar forma y materia: si es así ¿cómo se puede establecer la diferenciación entre una disciplina que se ocupe de los aspectos formales y otra de los materiales?), introduzca en su libro un capítulo (el 7) que, para colmo de contradicciones lo titula “*Allgemeine Rechtslehre*”, en el cual estudia los conceptos jurídicos formales. La práctica identificación entre Teoría del Derecho y Doctrina general del Derecho salta a la vista al afirmar Kaufmann: “Y esta Doctrina general del Derecho se entendió —análogamente a como sucede hoy con la Teoría del Derecho (ambas disciplinas no son ciertamente idénticas, pero se solapan)— como una pura ‘Filosofía de juristas’ que se ha emancipado de la Filosofía” (*Rechtspsh.* pág. 95). Obsérvese la buscada ambigüedad en que se expresa Kaufmann. La Teoría del Derecho y la Doctrina general no son idénticas pero se solapan. Extraña frase cuyo significado profundo se nos escapa. Cáigase en la cuenta también del juego de palabras que supone afirmar que la “Filosofía de juristas” se ha emancipado de la Filosofía general. ¿Acaso no se está diciendo entonces que la Doctrina general del Derecho es también Filosofía, aunque sea bajo la forma de “Filosofía de juristas”? Y además, ¿es que acaso para hacer Filosofía del Derecho es mejor no ser jurista?

La falta de definición se manifiesta también en esta afirmación: “la Doctrina general del Derecho, de la que aquí se trata (recuérdese que estamos ante un libro que se titula *Rechtphilosophie*) tan sólo pertenece a la Filosofía del Derecho en un sentido lejano” (*Rechtspsh.*, pág. 95). O sea que, aunque sea “en un sentido lejano”, la Doctrina general propia del positivismo (Kaufmann cita como autores representativos a Merkel, Binding, Bierling, Bergbohm, Somló y Kelsen) forma también parte de la

Filosofía del Derecho. Kaufmann, además, acepta la tesis de Radbruch de que la Doctrina general del Derecho constituye la “eutanasia de la Filosofía jurídica”. ¿Cómo entonces se decide a introducirla en ésta?

En fin, mi opinión, que resulta de la exposición precedente, es que Kaufmann no resuelve ni el problema de la delimitación conceptual de la Teoría del Derecho, ni el de su relación con la Filosofía del Derecho, ni el de ambas con la Doctrina general. Cuestiones todas ellas no intrascendentes, como pudiera parecer en una consideración superficial, sino expresivas de una llamativa falta de consistencia epistemológica. Con ese bagaje, difícilmente se puede superar el dilema planteado por el enfrentamiento entre el positivismo jurídico y la Doctrina del Derecho natural, que ha sido uno de los objetivos que en su momento se planteó Kaufmann, sin que, en mi opinión, llegara a consumarlo.

3. LA “TERCERA VÍA”... PARA VOLVER AL DERECHO NATURAL

El mundo está lleno de iusnaturalistas que se resisten a reconocerse como tales por prejuicios ideológicos de moda. Temen quizás no ser aceptados en la “comunidad científica”. Piensan que si alguien dice de su obra: “esto es iusnaturalismo”, nadie leerá sus páginas. Craso error: la historia del iusnaturalismo es impresionante, mucho más desde luego que la del positivismo, y su presente tiene tanto que decir como el de este último. Por eso hay que ayudar a los iusnaturalistas ocultos, o mejor, que se ocultan a sí mismos, a expresarse abiertamente.

Para Kaufmann, la superación de la alternativa Derecho natural-positivismo jurídico constituye “hoy *el* tema de la Filosofía del Derecho” (pág. 40). Esta grandilocuente afirmación se ve enseguida desmentida, al menos en cuanto al “hoy” se refiere, pues en la página siguiente sostiene que ha sido Radbruch, que falleció en 1949, el que ha dado lugar a un “cambio de para-

digma” que supuestamente habría superado la disyuntiva mencionada. Según Kaufmann, “Radbruch es un puente que cubre las posiciones antagonistas de ayer, su Filosofía del Derecho tiene (...) sitio más allá del positivismo y del Derecho natural” (pág. 42). La clave de ese puente superador la encuentra Kaufmann en el concepto de Derecho de Radbruch. Radbruch, al elaborar un nuevo concepto de Derecho, habría superado el concepto que maneja el Derecho natural y el propio del positivismo jurídico.

Ahora bien, ¿qué es para Kaufmann el Derecho natural? ¿Y qué el positivismo jurídico? Y en relación con ambas cuestiones, otra más: el neokantismo de Radbruch ¿es incompatible tanto con el Derecho natural como con el positivismo jurídico?

Kaufmann concibe la Teoría del Derecho natural de una forma bastante estrecha que choca mucho con su conocimiento de Aquino. Así, dice que “en el Derecho natural clásico se equipara ‘Derecho’ con el valor jurídico absoluto, con la justicia” (pág. 42). Ignoro a qué Derecho natural “clásico” se refiere, aunque supongo que será a algún autor de la época de la Ilustración, del Derecho natural *more geometrico*. Pero por lo que se refiere al que Michel Villey ha denominado así, Derecho natural clásico, que es el representado por Aristóteles y Aquino, es evidente que la caracterización de Kaufmann es desacertada. En general, puede afirmarse que esa equiparación absoluta de Derecho y justicia, sin más, no la defiende casi iusnaturalista alguno, pero de ninguna manera los autores citados. El iusnaturalismo se caracteriza, a este respecto, por concebir el Derecho en dos momentos íntimamente imbricados: el momento que podemos llamar “ético” o “natural” y el que puede ser calificado de “positivo”, que en términos de conceptos jurídicos suele expresarse en la dualidad ley natural y ley humana positiva. Es evidente que esta última está presente en toda concepción iusnaturalista.

En cuanto al positivismo jurídico, si bien algunas veces lo reduce Kaufmann a lo que suele denominarse “positivismo legalista”, identificador de Derecho y ley, otras veces lo identifica con

el formalismo positivista, que concibe la validez del Derecho como una cualidad derivada de su producción formalmente correcta.

En opinión de Kaufmann, Radbruch habría superado el contraste entre iusnaturalismo y iuspositivismo a través de su concepción del Derecho como una realidad referida a valores (*wertbezogen*). Es ésta una característica del llamado neokantismo jurídico de la Escuela sudoccidental alemana o Escuela de Baden. Según estos autores, entre ellos Gustav Radbruch, el Derecho pertenece al mundo de la “cultura” y la Ciencia jurídica es una Ciencia cultural. Lo que define a todo objeto cultural es la referencia a valores: a la belleza, si se trata de un objeto estético, a la bondad si es un objeto ético, a la justicia si es un objeto jurídico. Esta conexión esencial entre lo jurídico y el valor justicia es, según Kaufmann, el punto básico superador de la polémica entre el Derecho natural y el positivismo jurídico.

Sin embargo, esta tesis viene contradicha por las propias tesis de Radbruch quien, sin cambiar los presupuestos neokantianos, admitió en los últimos años de su vida la necesidad de aceptar un Derecho natural o, como él prefería decir, un *Derecho supralegal* (*übergesetzliches Recht*).

Resulta llamativo que, junto a la vía tercera inaugurada por Radbruch según Kaufmann, sitúe otras corrientes o aportaciones disciplinares que también darían pie, no sabemos si en conjunción con el neokantismo o por sí solas, para superar la dicotomía Derecho natural-positivismo. Kaufmann menciona, y se detiene muy brevemente en cada una de ellas, nada menos que cuatro: la Hermenéutica jurídica, la Teoría de la argumentación jurídica, los *General Principles of Law* (él mismo lo dice en inglés) y los *Critical legal Studies* (también en inglés).

Respecto de la última (CLS), mi opinión descarnada es que lo recogido bajo ese nombre y que integró a un conjunto de autores de la Escuela de Harvard no es sino una mezcla bastante incohe-

rente de posiciones antisistema defendidas por profesores cómodamente instalados en el sistema.

La Teoría de los principios jurídicos, resucitada por Ronald Dworkin contra el modelo de las reglas de Herbert Hart, no aporta nada especialmente nuevo a quien haya seguido el decurso de los principios jurídicos, en sus diversas formulaciones, a partir de la etapa codificadora del siglo XIX y que doctrinalmente encontraría cristalización teórica en varias obras, hoy bastante olvidadas, entre las que destaca la de Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatsrechts* (J. C. B. Mohr—Paul Siebeck—, Tubinga 1956; hay traducción española de E. Valentí Fiol con el título *Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Ed. Bosch, Barcelona 1961). Afirmar que sobre la base del reconocimiento de los principios jurídicos se supere el dilema iusnaturalismo-positivismo, supone confundir absolutamente los planos, y concretamente el plano epistemológico (que es el que corresponde a la índole de las teorías, y iusnaturalismo y positivismo lo son) con el plano de la decisión jurídica. Ni a los iusnaturalistas ni a los positivistas les ha hecho nunca daño los principios generales del derecho, que los primeros han podido interpretar como principios de Derecho natural y los segundos, del Derecho positivo. Lo que parece que quiere decir Dworkin, es que los jueces también aplican principios, además de reglas, las cuales serían algo diferente. Dejando aparte si esto es efectivamente así, lo que importa ahora es que, aunque así fuera, eso no sería obstáculo para mantener posiciones bien sean iusnaturalistas bien positivistas. Los jueces, en cuanto tales, ni son iusnaturalistas ni positivistas. Lo mismo sucede con los legisladores. Sólo cuadran esos calificativos a los teóricos o científicos que estudian e investigan el Derecho. Lo cual, a su vez, no quiere decir que la *creencia* en el Derecho natural por parte del juez o del legislador no ejerza una influencia en su modo de proceder.

Similares objeciones pueden interponerse a la llamada “Teoría de la argumentación jurídica”, que no es otra cosa que la reformulación de la *vexata quaestio* del método interpretativo, bien sea en el seno de la Dogmática, bien en el de la decisión, o en ambas, pero que en ningún caso obsta a la adscripción a una u otra de las concepciones globales del Derecho.

La única vía, de las propuestas por Kaufmann, que parece más capaz de hacer frente al problema es la Hermenéutica filosófica. A la Hermenéutica ha dedicado Kaufmann algunos trabajos, recogidos en su libro *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen)*, Carl Heymanns Verlag KG, Colonia *et al.* 1984. Sin embargo, creo que Kaufmann a pesar de sus proclamas (cfr. *Rechtsph.*, págs. 44 y ss.) no ha seguido apenas esta ruta. Como tantas otras veces, apunta una idea que le parece brillante y actual, pero no recorre el camino completo que dicha idea le exige. La llamada de la Hermenéutica a aceptar la lingüisticidad como categoría universal de comprensión se reduce en Kaufmann a un mero apunte sin más consecuencias. Se queda a medio camino al concluir, como enseñanza de la Hermenéutica, que el Derecho tiene “*carácter relacional*”, pues “consiste en las relaciones de los hombres entre sí y con las cosas” (pág. 46). Poca cosa, creo, para lo que la Hermenéutica ofrece. El capítulo 8 de *Rechtsphilosophie*, dedicado a estudiar la relación entre el Derecho y el lenguaje no deja de ser interesante, pero no tiene una continuidad en el tratamiento de los problemas formales y materiales de la Filosofía del Derecho, viene a ser como una reflexión yuxtapuesta a los problemas principales, que, por tanto, carece de repercusión sobre los temas centrales de la Filosofía jurídica.

En mi opinión, estos temas no son en la obra de Kaufmann otros distintos de los de la Filosofía del Derecho clásica, esto es, de la que surge en el marco intelectual del positivismo y como respuesta filosófica a éste. En especial, creo que el autor que define las coordenadas del pensamiento jurídico de Kaufmann es,

ya lo he dicho antes, Gustav Radbruch. A éste dedicó Kaufmann un bello libro, una auténtica biografía intelectual y personal de quien fue su maestro: *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat* (Piper, Múnich-Zúrich 1987). Un libro que, a pesar de su carácter biográfico, constituye una clave para entender el pensamiento de Kaufmann, sobre todo poniéndolo en relación con su *Rechtsphilosophie*, del año 1997 (en España tenemos la monografía de Virginia Martínez Bretones, *La Filosofía del Derecho de Gustav Radbruch*, con Prólogo de Joaquín Ruiz-Giménez Cortés, Ed. Fragua, Madrid 1994, cuyo extenso primer capítulo también se dedica a la vida y obra de Radbruch).

En Alemania la sombra de Kant es muy alargada. Quien creía muerto al neokantismo, lo ve recuperado bajo mantos modernos en la figura de Arthur Kaufmann, cuya obra es una prolongación de la de Radbruch, “puesta al día” podemos decir, aunque menos coherente.

Respecto al punto que nos ocupa, la declaración de Kaufmann no deja lugar a dudas. Dice: “Tenemos que encontrar un camino más allá del Derecho natural ontológico-sustancialista y del positivismo funcionalista de la ley. Ya Gustav Radbruch dio el impulso para la superación de esta fatal guerra de trincheras entre las dos posiciones” (pág. 34). Esto, dicho así, en 1997, sabiendo que Radbruch, tras los crímenes del Régimen del Tercer Reich, tornó sus ojos con decisión hacia el Derecho natural, no puede interpretarse sino como una vuelta de Kaufmann al mismo, aunque él no lo diga *expressis verbis*. En definitiva: más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico para retornar, tras muchas idas y venidas en “espirales hermenéuticas”, al primero. ¡El iusnaturalismo clásico ha muerto, viva el Derecho natural propio de la Filosofía jurídica material!: éste podría ser, expresado quizás con algo de desparpajo, el lema sincero de la *Rechtsphilosophie* de Arthur Kaufmann. Estoy de acuerdo con Andrés Ollero cuando comenta que la actitud de Kaufmann “hacia el iusnaturalismo clásico no deja de ser paradójica. Por una parte, lo

incluye entre las posturas ‘substantialistas’ a superar; por otra, no duda en citar a Tomás de Aquino y su acertada distinción entre ‘lex’ y ‘ius’ como ejemplo de un adecuado planteamiento de la cuestión” (A. Ollero Tassara, *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, con Prólogo de Gregorio Peces-Barba Martínez, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid 1996; pág. 242-243, n. 139).

Al igual que hacen los neokantianos (Radbruch en especial), Kaufmann concentra sus reflexiones filosófico-jurídicas en torno a la dualidad concepto del Derecho-idea del Derecho.

4. EL CONCEPTO DEL DERECHO Y LA IDEA DEL DERECHO

Kaufmann dedica explícitamente el capítulo 9 de *Rechtsphilosophie* al concepto de Derecho, y los capítulos 10, 11 y 12 a la idea del Derecho. Con brevedad, puede decirse que el problema del concepto se plantea qué es el Derecho mientras que con la cuestión de la idea del Derecho lo que se investiga es la justicia. Constituyen estos capítulos el núcleo central de la Filosofía jurídica *material* del autor. El resto del libro (capítulos 13 a 20) puede ser considerado como la “parte especial” que se deriva del entramado de ideas de dicho núcleo. De hecho, si se compara la primera edición del libro (*Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, 1994) con la segunda (*Rechtsphilosophie*, 1997), puede apreciarse que la diferencia entre ambas radica en que en la primera esta “parte especial” es sustancialmente inferior a la de la segunda edición, mas el núcleo al que me refiero (concepto e idea) es el mismo. Kaufmann ha ampliado la parte especial en base a su esquema central básico.

4.1. *El concepto de Derecho: Ley y Derecho*

Kaufmann recoge (pág. 136) el concepto de Derecho de una serie de autores: Hegel, Kant, Holmes, Weber, Hart, Stammler y Radbruch, para inmediatamente vincularse al modo de ver de este último. Dice así: “*Gustav Radbruch*, que procedía del neokantismo de cuño sudoccidental, vio en la referencia a valores el criterio decisivo del concepto de Derecho: ‘Derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea de Derecho’. En consecuencia, una norma que contradiga a la idea del Derecho, es decir, a la justicia, en una medida insostenible, es un ‘injusto legal’ (*gesetzliches Unrecht*), y una norma que en modo alguno persiga la justicia será la negación del Derecho, ‘no-Derecho’ (*Nicht-Recht*). Yo mismo –dice Kaufmann– acentúo el carácter analógico del Derecho, al caracterizarlo como ‘la correspondencia o correlación entre deber y ser’ (*die Entsprechung von Sollen und Sein*). A tenor de esto, el Derecho no es nada sustancial, sino algo relacional (*etwas Relationale*) –un pensamiento para el que Edgar Bodenheimer ha encontrado la imagen adecuada: ‘Law is a Bridge between Is and Ought’”. (*Rechtsph.*, págs. 136 *in fine* y 137).

El Derecho, para Kaufmann, es una realidad referida a valores. Tiene, pues, carácter relacional, en cuanto que no es una “sustancia”, una “entidad” que haya de ser contemplada desde sí misma. Pertenece al “ser” (*Sein*), pero sólo en cuanto que ese ser está relacionado con el “deber” o “deber ser” (*Sollen*). La realidad verdadera o auténtica del Derecho es una realidad de sentido, y en concreto, de sentido axiológico, y no una realidad empírica o naturalista. El sentido del Derecho es realizar la justicia. Dicho con palabras afectas a los neokantianos: el concepto de Derecho sólo adquiere su sentido si se le vincula con la idea. La justicia no es un elemento posterior al Derecho, sino su misma razón de ser. Esta razón de ser condiciona de tal modo al ser, al Derecho, que sin ella, éste se transforma en un no-ser, esto es, en su contrario.

El Derecho sin justicia es no-Derecho. La ley injusta no es ley, sino “injusto legal”, el cual a su vez es una forma de no-Derecho. El Derecho que niega radicalmente la justicia se niega a sí mismo.

Desde esa perspectiva Kaufmann critica el positivismo legalista, esto es, la corriente de pensamiento jurídico que identifica el Derecho con la ley. Todo legalismo se caracteriza por alejarse del “pensamiento jurídico material o de contenidos”, del pensamiento jurídico “realista” (*realistisches*) (pág. 137). Ni que decir tiene que Kaufmann emplea aquí este término en su sentido tradicional, propio de la Filosofía perenne, y no en el sentido de los realismos modernos, como pueda ser el escandinavo o el americano.

Que el Derecho no puede identificarse con la ley se demuestra por el simple hecho histórico de que ha habido etapas en las que se desconocía la existencia de esta última, a pesar de lo cual nadie niega la existencia del Derecho. Los autores, tradicionalmente, han distinguido los dos conceptos. Aquino, sin ir más lejos, teorizó la distinción entre *lex* y *ius* (cfr. *Rechtsph.*, pág. 140). El legalismo es un fenómeno moderno que alcanza su cúspide en la etapa codificadora del siglo XIX y que viene condicionado por una determinada concepción del Estado y del Derecho. La identificación del Derecho con la ley supone también, como consecuencia de la misma, una determinada concepción de la aplicación del Derecho, o sea, de la función judicial y, por consiguiente, del método aplicativo e interpretativo, una “Doctrina del método jurídico”, que se resume en la concepción silogística de la aplicación judicial y en el método subsuntivo, según el cual se subsume el caso particular en la norma general.

Kaufmann ve por eso con simpatía al movimiento del Derecho libre (véase su *Introducción* al libro del más radical de los *Freirechtler*, Ernst Fuchs: *Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre*, edit. por Albert S. Foulkes y A. Kaufmann, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe 1965, págs. 1-19; estudio recogido en A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel*.

Stationen eines Weges, Athenäum Verlag, Francoforte del Meno 1971, págs. 251-271, con el título “*Freirechtsbewegung—lebendig oder tot. Ein Beitrag zur Theorie und Methodenlehre*”), aunque no participe de sus excesos, sobre todo los dirigidos contra la Ciencia jurídica dogmática.

No se puede prescindir de las leyes. Sería absolutamente ingenuo pretender un Derecho basado en las costumbres o en los meros precedentes. Las leyes son, pues, necesarias, y mucho más en el mundo actual, tan complejo. Lo que no es aceptable es la *absolutización de la ley* (*Rechtsph.*, pág. 144) a la que conduce la mentalidad legalista. Como tampoco es aceptable la metodología que se deriva de dicha absolutización, esto es, la idea de que, al ser el Derecho la ley, la función judicial se limite a la aplicación de aquella mediante un proceso mecánico de carácter deductivo. Esta concepción del Derecho en la que se absolutiza la ley supone, si se la imagina uno en términos espaciales, que habría dos niveles diferentes. Uno superior, en el que se encontraría la ley, o sea, el Derecho sin más, y un segundo, inferior, sometido al primero, que es donde se situaría el juez y, en general, cualquier órgano cuya función fuera la aplicación del Derecho. Este estaría ya completo en la ley y el juzgador se limitaría a “aplicarla” al caso concreto.

Kaufmann considera que esta manera de ver las cosas tergiversa seriamente la realidad jurídica. El Derecho, habría que decir, no se consume en la promulgación de la ley, no es una realidad estática, sino que se consume en un proceso de concreción respecto de la situación determinada. En este proceso de concreción se completa y se profundiza lo establecido por la ley. Esta manera de concebir el Derecho, como una realidad que se concreta en un proceso de decisión, tiene una clara raíz tomista (véase mi trabajo “*Teoría de la legislación en Aquino: el iusnaturalismo tomista como una teoría de la decisión jurídica*”, en *Persona y Derecho*, vol. 40 1999, *Estudios en Homenaje al Prof. Javier Hervada I*), si bien él lo plantea en términos familiares a la

Filosofía contemporánea, sobre todo, como venimos diciendo, al neokantismo. La concreción del Derecho en la decisión presupone la “equiparación” o “nivelamiento” de la ley y el caso (*Gleichsetzungstheorie*), que se relacionan entre sí, en el “acto hermenéutico” gracias a la analogía de fondo que existe entre el ser y el deber, o sea, gracias a que ser y deber no son dos categorías contrapuestas sino correlativas (*Rechtsph.*, pág. 145).

Estas ideas ya las había desarrollado Kaufmann, incluso con expresión más aguda, en su importante trabajo *Analogie und “Natur der Sache” – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, C. F. Müller, Karlsruhe 1965, recogido después en A. Kaufmann: *Rechtsphilosophie im Wandel*, 1971, ya cit. págs. 272-319). Con claro ascendiente en la filosofía del Aquinatense dice aquí que “la norma es siempre tan sólo una escala o medida para muchos casos *posibles*, pero precisamente por eso jamás constituye la *decisión* de un caso *real*, de modo que la ley no es la realidad del Derecho, sino sólo la posibilidad del mismo”. (*Rechtsphilosophie im Wandel*, cit. pág. 281). Este texto sugiere muy claramente la idea de que el Derecho, en su realidad auténtica, se produce en la decisión (judicial) y que, consecuentemente, la ley no viene a ser otra cosa que una directiva que hay que completar con “materiales o piedras de construcción añadidas” (*zusätzliche Bausteine*) (*Rechtsph. im Wandel*, pág. 281).

El proceso de realización o concreción del Derecho se produce, para Kaufmann, en tres niveles o escalones: la idea del Derecho, constituida por los principios del Derecho o por la norma fundamental (dicho entre paréntesis: creo que respecto a esta última, Kaufmann se confunde puesto que la norma fundamental kelseniana carece de todo contenido y no es equiparable a los principios materiales de justicia), en segundo lugar, la norma jurídica, esto es, la ley; y en tercer término, el Derecho ya concreto, es decir, la decisión jurídica. Dicho brevemente: Idea, norma y decisión (*Rechtsph.*, pág. 147; *Rechtsph. im Wandel*, pág. 282). Esta sucesión, en ese orden, tiene un valor puramente lógico, mas

no ontológico, pues la realidad del Derecho se produce en el Derecho concreto de la decisión. Creo que puede decirse que para Kaufmann el Derecho es un *proceso*, y más claramente, un proceso de decisión, cuya entidad última concreta los pasos previos y al concretarlos los hace reales. Si no hubiera decisiones de casos reales, el Derecho no haría pie en la experiencia. También podría sostenerse que, en la medida en que esas decisiones se producen de manera cotidiana, el Derecho es una *actividad*.

A este esquema básico Kaufmann añade dos tesis que considera fundamentales y que matizan dicho esquema: primera, el carácter imprescindible de los tres escalones mencionados que definen todo proceso de realización concreta del Derecho; y segunda, la tesis de que no es posible derivar deductivamente cada uno de los escalones mencionados del superior o superiores. La primera la expresa así: “ninguna norma jurídica *sin* idea del Derecho (sin principios jurídicos), ninguna decisión jurídica *sin* norma jurídica”; y la segunda, “ningún escalón puede ser deducido sin más del escalón inmediatamente superior (desde un punto de vista lógico)”. (*Rechtsph.*, pág. 148; *Rechtsph. im Wandel*, pág. 283).

El Derecho real, para Kaufmann, según sus propias palabras, no puede surgir tan sólo del ser, ni tan sólo del deber ser, sino que son precisos ambos. Es necesaria la presencia de la norma y de la materia vital (*Lebensachverhalt*). El Derecho es la correlación entre ser y deber ser. Esta tesis la entiende Kaufmann como una derivación o prolongación de la idea de Radbruch de ser el Derecho una realidad cuyo sentido está en servir a la justicia, y también muestra su parentesco con la doctrina aquinatense de la ley. Después de estas declaraciones explícitas no puede dejar de llamar la atención que concluya reclamando para su posición un lugar “más allá del Derecho natural y del positivismo” (y todo ello en la misma página: *Rechtsph.*, pág. 149).

4.2. *La idea del Derecho: la justicia*

La idea del Derecho es su ideal, esto es, la justicia. Se elude, sin embargo, la palabra “ideal” para restar carácter metafísico a la expresión, aunque realmente podría afirmarse que posee dicho carácter. Mientras que el concepto de Derecho se refiere a una “realidad” que se da en la experiencia, la idea es como el “modelo” al que dicha realidad debería tender y, en ese sentido, sirve también, en cuanto “modelo”, para medir o valorar la realidad jurídica concreta. En definitiva, diciéndolo en términos más usuales, la idea del Derecho es la justicia.

Si Kaufmann sigue la senda de Radbruch en el desarrollo global de su Filosofía jurídica, y más en concreto en esta distinción central de concepto e idea del Derecho, este rasgo se acentúa notablemente al tratar de la justicia, tema en el cual adopta una posición ecléctica en cuanto al método: por una parte sigue el esquema global de Radbruch, y por otra introduce los pensamientos básicos de la teoría aristotélica, a la vez que hace derivaciones hacia los problemas de ética jurídica más acuciantes de nuestra época. No puede decirse que, en todo esto, manifieste ninguna originalidad relevante, si bien sí puede afirmarse que sus posturas son siempre ricas en sugerencias, sobre todo por su capacidad para aunar lo antiguo con lo moderno, el planteamiento general con los problemas concretos.

Siguiendo, como digo, a Radbruch, sostiene Kaufmann que la idea de Derecho, la justicia, integra tres aspectos: la igualdad, que constituye la justicia en sentido estricto; la adecuación a fin (*Zweckmäßigkeit*), o sea, la justicia social o la justicia del bien común; y la seguridad jurídica, es decir, la paz. La igualdad constituye, para Kaufmann, la forma de la justicia; la adecuación a fin, su contenido; y la seguridad, la función de la justicia (*Rechtsph.*, pág. 154).

La igualdad es un criterio puramente formal: consiste en tratar de igual manera a los iguales y de manera desigual a los desi-

guales. Su carácter formal radica en que se limita a establecer un criterio general de actuación con respecto a los iguales y a los desiguales. Dice *que* a los primeros hay que tratarlos igualmente y a los segundos desigualmente, mas no dice *cómo*, no dice en qué consiste ese tratamiento igual o desigual. Tampoco dice *qué* es lo que es igual y qué es lo que es desigual (*Rechtsph.*, pág. 156). Para tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales es necesario saber de antemano quiénes son iguales y quiénes desiguales, lo cual supone un criterio de delimitación entre lo igual y lo desigual. Además, no se es igual o desigual en abstracto, sino siempre en relación con un elemento de comparación. Una vez que se hayan establecido las clasificaciones pertinentes de los individuos en virtud de la igualdad y desigualdad respecto a determinados factores de comparación, se podrá proceder a tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales. Para ello, habrá entonces de determinarse las medidas concretas que realizarán ese tratamiento. Parece evidente, por tanto, que de los tres elementos señalados, el primero es el de delimitar quiénes son iguales y quiénes desiguales y en razón de qué criterio. Después, determinar qué medidas concretas son las pertinentes para cada tipo o clase de individuos. El criterio formal de igualdad sólo nos indica el *procedimiento* que hay que seguir una vez que se han especificado los elementos “materiales”.

Este es justamente el punto débil de toda teoría de la justicia procedimentalista. No es difícil aceptar que hay que tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales. Lo arduo es conseguir un criterio racional que determine los aspectos materiales aludidos.

Esta dificultad pretende salvarla Kaufmann diciendo, primero, que no hay una nítida frontera entre la igualdad y la semejanza: y segundo, que “la igualdad es siempre un acto de *equiparación* (*Gleichsetzung*)”, lo cual supone un acto (*Setzung*) de hacer iguales (*gleich*) dos o más personas o cosas, por lo que concluye consecuentemente en un decisionismo sorprendente, pero no menos

coherente, al sostener que dicho acto de equiparación “no se basa sólo en el conocimiento racional sino que, sobre todo, significa siempre también *decisión, poder*” (*Rechtsph.*, pág. 156).

El segundo aspecto de la idea del Derecho, la adecuación a fin, es el que constituye el criterio material de la justicia. Es el viejo concepto de *bonum commune* (*Rechtsph.*, pág. 165). El fin del Derecho es conseguir el bien de la comunidad. Ahora bien, aquí nos topamos con otra dificultad, y es que el bien de la comunidad puede ser concebido de maneras diferentes. Recoge Kaufmann la idea de Radbruch de que el fin del Derecho puede contemplarse desde tres posiciones diferentes (“doctrina tripartita”), dependiendo del valor fundamental: o bien es el individuo el valor básico, o bien la personalidad colectiva, o bien la obra objetiva que hay que construir entre todos (*Rechtsph.*, pág. 169). En el primero de los casos, la libertad del ser humano es lo decisivo; en el segundo, la autoridad o poder de la colectividad; en el tercero, la excelencia de la obra de cultura. Radbruch, en sus primeros tiempos, mantuvo una cierta posición aséptica en el sentido de que sostuvo que no era posible una decisión racional o científica entre estas tres posibilidades de la idea del Derecho (que él denominó justamente “antinomias de la idea de Derecho”). No había otro remedio que decidirse por alguna de las tres alternativas, pero las tres eran válidas y, por tanto, desde la Filosofía del Derecho, no había otra opción que exponerlas defendiendo a la par el relativismo axiológico o la ausencia de valoración (muy en la línea, por lo demás, del postulado de la *Wertfreiheit* de Max Weber).

Kaufmann se separa del relativismo de su maestro y haciendo muestra de su vocación ecléctica propone una labor de conjunción de las tres concepciones, aunque reconoce su dificultad (cfr. *Rechtsph.*, pág. 171). A partir de ahí busca un camino que conduzca a un criterio material convincente. Se fija en especial en el utilitarismo, pero siguiendo a Ilmar Tammelo se decanta por el “utilitarismo negativo” que resume de esta manera: “Hay que

aspirar a la justicia propia del bien común de modo que el sufrimiento existente se elimine o se reduzca en lo posible, y que no se genere sufrimiento que pueda evitarse y que el inevitable se minimalice”, todo lo cual conduce al *imperativo categórico de la tolerancia*, el cual puede expresarse así: “*Actúa de tal manera que las consecuencias de tu acción se concilien con la mayor supresión o disminución de la penuria humana*” (*Rechtsph.*, pág. 178). Imperativo que se conjuga a las mil maravillas con la llamada “fórmula de Radbruch”, según la cual si bien es sumamente dificultoso decir qué sea Derecho correcto, no lo es tanto el determinar qué es Derecho incorrecto, qué es no-Derecho (Derecho natural mínimo, *Unrechtsargument*) (*Rechtsph.*, pág. 178). Con esto quiere decirse que quizás no podamos determinar con precisión todos los aspectos de lo que es justo, pero seguro que tenemos más fácil señalar aquello que es manifiestamente injusto.

Por último, como tercer aspecto de la idea de Derecho, menciona Kaufmann la seguridad jurídica, que despliega en tres notas: positividad, practicabilidad e invariabilidad (*Rechtsph.*, pág. 191). El Derecho, para cumplir su función ha de garantizar la seguridad de los bienes básicos de las personas: vida, dignidad, propiedad, libertad; y además, ha de ser seguro en sí mismo, esto es, duradero y eficaz. Las tres notas señaladas por Kaufmann resumen estas características. No creo necesario entrar aquí en el detalle de las mismas. Son los caracteres propios del Derecho positivo, en especial de la ley, siempre y cuando vengan avalados por la seriedad de un poder que sea expresión racional de la sociedad, alejado de la arbitrariedad y de la ineficacia.

Desarrollados los tres aspectos básicos de la idea de Derecho (justicia como igualdad, justicia como justicia social y justicia como seguridad jurídica), Kaufmann, siguiendo de nuevo a su maestro, Gustav Radbruch, sostiene que, debido a la complejidad del contenido de la justicia, necesariamente se producen “tensiones dentro de la idea de Derecho” (*Rechtsph.*, pág. 193). Pa-

rece que no podía ser de otra manera desde el momento en que cada uno de los ingredientes de la idea de Derecho está orientado en una dirección, que no tienen por qué coincidir necesariamente. Más bien sucede al revés, se producen conflictos entre ellos. En el fondo es el viejo asunto del conflicto entre valores. Para Kaufmann, la igualdad tiene por objetivo la prohibición de la arbitrariedad, o sea, la prohibición de toda discriminación; la justicia social se propone realizar el bien común, teniendo en cuenta las necesidades globales de todos; la seguridad se propone alcanzar la paz. Ahora bien, la seguridad muchas veces implica, argumenta Kaufmann, que se aplique un Derecho positivo insuficiente, por lo que no es infrecuente que surjan conflictos entre la seguridad y la justicia social (a la que Kaufmann llama también “justicia material”). ¿Dónde está entonces el límite entre justicia material y seguridad jurídica? (*Rechtsph.*, pág. 195).

Justicia y seguridad representan dos focos dialécticos que es preciso compaginar, pero que en ocasiones presentan momentos o casos de tensión. Kaufmann retorna al argumento de Radbruch, a la fórmula de Radbruch, que supone el rechazo del “Derecho incorrecto” o del “injusto legal”. “La cuestión, sostiene Kaufmann, está en saber si en el caso de una ley se está ante un ‘injusto legal’. En la práctica habrá que juzgar en primer lugar si constituye un atentado contra los derechos humanos fundamentales y/o contra los principios jurídicos generales” (*Rechtsph.*, pág. 195). Y lo mismo que se dice de la ley, puede aplicarse a las sentencias de los jueces (*ibidem*).

La valoración del Derecho positivo ha de hacerse desde la idea de justicia, teniendo en cuenta sus tres componentes. Cuando se está en presencia de un claro “injusto legal” se está ante la negación del Derecho, por ser aquél un Derecho inválido.

5. CONCLUSIÓN

En estas breves páginas tan sólo he pretendido responder a esta pregunta: ¿Dónde hay que situar a Arthur Kaufmann en el panorama de la Filosofía jurídica contemporánea? Los que tuvimos la fortuna de formarnos con este destacado profesor fuimos siempre presa de una cierta perplejidad. Al menos, tal es mi caso. Su producción científica, a lo largo de los años, iba configurando un policromado retablo de temas y sugerencias, de apuntes casi siempre suscitados por los debates coetáneos. Los seminarios que él dirigió en el “Instituto de Filosofía del Derecho e Informática Jurídica” de la Universidad de Munich, junto a la *Siegestor*, eran sumamente atractivos, pues asistiendo a ellos se sabía que uno podía “estar al día”. Sin embargo, se echaba de menos una toma de posición, la adopción de un claro ángulo visualizador desde el cual se contemplara con perspectiva unitaria los problemas teóricos que el Derecho plantea. Faltaba, en definitiva, *una* concepción filosófico-jurídica que sirviera de base y de punto de referencia. Se podía intuir que, bajo la multiplicidad de ensayos y trabajos parciales, había una corriente subterránea que afloraba constantemente, sin que dicha corriente adquiriera la apariencia externa de un todo construido y expuesto al examen. La Escuela de Múnich, formada en torno a Kaufmann, no llegó a ser una verdadera escuela filosófica, sino más bien un grupo de profesores que, dirigidos por el maestro, ponían en la mesa común los problemas sobre los que había que debatir, y lo hacían de tal forma que se generaban diálogos interesantísimos. Pero cada cual allí seguía su propio camino. Quizás sea éste un sino de nuestra época, caracterizada por la dispersión de temas y perspectivas y la ausencia de construcciones sistemáticas.

Supongo que de esta ausencia era bien consciente el profesor Arthur Kaufmann. No puede extrañar a nadie, por tanto, que, llegada su jubilación, se propusiera, como coronación de su carrera científica, exponer su pensamiento filosófico-jurídico en una obra

de porte más sistemático. Así surgió probablemente su *Rechtsphilosophie*. Como he destacado al principio de este estudio, esta obra se generó en tres etapas que se desarrollan a lo largo de la década de los noventa. Kaufmann en ella se enfrentó a la necesidad de exponer su propio pensamiento en una síntesis sencilla y apretada. Y encontró entonces que sus convicciones filosóficas, a pesar del tiempo transcurrido, no se habían desembarazado de la impronta que marcó su juventud, la de su maestro Gustav Radbruch.

Si bien se mira, la cosa no debería de sorprender a nadie, pues toda la obra de Kaufmann está marcada por la referencia constante a Radbruch, a quien cita no para ejercer sobre él la crítica sino, muy al contrario, para apoyar sus propias posiciones. Radbruch es el autor que más aparece en las páginas escritas por Kaufmann, que no son pocas. Y ello sucede a lo largo de toda su trayectoria. Lo que indica que no hay tan sólo una “vuelta a Radbruch” en los últimos años de la vida de Kaufmann, sino que más bien siempre estuvo presente. De ahí que sea muy coherente con toda su producción el hecho de que la *Rechtsphilosophie* presente una síntesis que recuerde a la de su maestro. Puede concluirse, por tanto, que en Kaufmann se prolonga la filosofía radbruchiana adaptada a las inquietudes de la segunda mitad del siglo XX. He destacado en estas páginas dicha ascendencia en relación con la “parte general” de la Filosofía del Derecho que nos presenta Kaufmann en su obra, en el entendido que la “parte especial” se refiere más a problemas filosófico-jurídicos que vienen motivados por los debates de la época.