

ARTHUR KAUFMANN: EL PENSAR FILOSÓFICO DESPUÉS DE LA CALAMIDAD JULIO RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA*

SUMARIO

Introducción. Primera parte: Acerca de la filosofía del Derecho. 1.1. El problema histórico de la filosofía del Derecho (Derecho natural y positivismo). Segunda parte: Algunas reflexiones de Kaufmann sobre la práctica de la teoría científica del Derecho y sobre el análisis racional del proceso de creación del Derecho. 2.1. Reflexiones sobre la práctica de la teoría científica del Derecho. 2.2. Reflexiones sobre un análisis racional del proceso de creación del Derecho. Tercera parte: Los conceptos jurídicos o una forma de hablar acerca de la Teoría general del Derecho. Cuarta parte: El Derecho y el lenguaje en la obra de Kaufmann. Quinta parte: El concepto de Derecho. Sexta parte: La idea de Derecho. Séptima parte: La validez del Derecho. Derecho de resistencia y desobediencia civil. Octava parte: Derecho y moral. Novena parte: La doctrina del "espacio libre de derecho". Décima parte: La libertad. Undécima parte: Corrientes modernas de la filosofía del Derecho. Duodécima parte: El principio de tolerancia. Filosofía del Derecho en una sociedad pluralista de riesgo. • Algunos comentarios finales. • Bibliografía.

* Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

El positivismo legal debilita cualquier habilidad para defendernos
en contra del mal uso de la legislación Nacional Socialista

Gustav Radbruch

Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, 1946

(Citado por Vittorio Hösle en A Short History of German Philosophy, 2017)

INTRODUCCIÓN

En ocasión de compilar material para la elaboración de un estudio acerca del filósofo alemán Adolf Reinach tuvimos oportunidad de revisar, otra vez, la obra de Arthur Kaufmann *Filosofía del Derecho*¹. Los comentarios realizados por el profesor alemán son valiosos en términos de apreciar “*otras tendencias*” filosófico-jurídicas que se produjeron luego de la posguerra. Adicionalmente permite darnos una idea aproximada acerca de cómo algunos filósofos del Derecho asumieron los nuevos retos, en el entendido de que confrontaban una nueva realidad en la cual se requería la intuición necesaria para armonizar un pasado, que se quería olvidar, con un futuro que se tenía que construir. Lo anterior requería lo que “Radbruch” llamaba un “*sentimiento jurídico*” ágil.

En la filosofía de Kaufmann está presente, bajo el influjo de Radbruch, el esfuerzo por encontrar caminos diferentes que nos permitan desplazar nuestra atención de análisis meramente dicotómicos. En el fondo, la consideración de la realidad requiere de una síntesis mucho más amplia que la que nos puede aportar un simple proceso dialéctico. Así señala Kaufmann:

¹ Para dicho trabajo consultamos la segunda edición de la *Filosofía del Derecho* de 1977 traducida por Luis Villar y Ana María Montoya. Debe mencionarse que tal obra es citada por otras obras similares de origen alemán como por ejemplo la *Filosofía del Derecho. Conceptos básicos* de Wolfgang Nauke y Regina Harzer la cual fue traducida al español en una edición de Astrea de 2008. Ver Arthur Kaufmann, *Filosofía del Derecho*. Segunda reimpresión. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

*“Nosotros tenemos que encontrar un camino más allá del Derecho natural lógico-substancial y del positivismo legal funcionalista. El impulso para la superación de esa guerra de posiciones entre los dos campos fue dado ya por Gustavo Radbruch. Si se observa su obra en conjunto, es claro que su sitio ha estado más allá del Derecho natural y el positivismo”*².

Lo anterior, a pesar del tiempo transcurrido, se plantea hoy en día en la filosofía anglo-norteamericana con respecto al debate entre Dworkin y Hart o entre un positivismo blando (que admita a la moral) y uno duro³. Maksymilian Del Mar lo expresó de forma clara cuando se refiere en *New Waves in philosophy of Law* a los cambios que nuestra disciplina debe afrontar en los años venideros. Si bien sus comentarios se refieren en particular a la filosofía del Derecho anglo-americano son dignos de ser considerados como un punto de inicio extremadamente valioso para la reflexión del filósofo del Derecho de hoy. El autor sobre el cual centramos nuestra atención señala que la filosofía anglo-americana del Derecho se encuentra en un momento en el cual –a pesar de su corta historia– se están produciendo cambios importantes. En una tradición poco usual dominada –a diferencia de cualquier otro campo de la filosofía contemporánea– no solo por un filósofo (H.L.A. Hart), sino también por un libro. (*El concepto del Derecho*, 1961; segunda edición de 1994).

² Ibid. p. 83.

³ Brian Leiter habla de positivismo incluyente y excluyente. En tal sentido señala: “Los positivistas incluyentes interpretan la tesis de la separación como una tesis que implica solamente una generalización existencial modal de la siguiente forma: es (conceptualmente) posible que exista al menos una regla de reconocimiento y, por ende, un sistema jurídico, en los que la moralidad no es un criterio de validez jurídica. En cambio, el positivismo excluyente interpreta la tesis de la separación como una tesis que requiere una generalización universal del tipo: para todas las reglas de reconocimiento y por ende para todos los sistemas jurídicos, no se da el caso de que la moral constituya un criterio de validez jurídica; a menos que algún criterio neutral en cuanto a su contenido la haga tal. Los positivistas incluyentes interpretan la tesis de las fuentes sociales como una tesis que afirma solo que la regla de reconocimiento de una cierta sociedad está constituida por hechos sociales acerca del modo que los funcionarios deciden efectivamente las disputas; así, por ejemplo, si existe, entre los funcionarios una práctica o convención de decidir las disputas mediante la referencia a la moral, entonces la moral, de dicha sociedad, es un criterio de legalidad...”. Ver Brian Leiter, *Naturalismo y teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2012. pp. 174 y 175. Ver Julio Rodríguez Berrizbeitia, “El positivismo jurídico en la obra de Luigi Ferrajoli” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nro. 151, Caracas, 2012.

Tradición que en los últimos años ha respondido, de manera apasionada, tanto a favor o en contra de la más importante, *magnum opus* de Hart⁴. Un inspirado mapa de la disciplina analizada lleva a plantear temas que se relacionan estrechamente con debates contemporáneos como el relativo a las discusiones entre positivismo suave y positivismo duro. En el análisis de Hart ello lleva a profundizar acerca de la aprobación de la tesis de la respuesta correcta; la convencionalidad de la regla de reconocimiento y la explicación oportuna en lo relativo al concepto de sistema legal el cual resulta de la unión de reglas primarias y secundarias⁵. Por supuesto que no todos están tan claros en la interpretación que debe darse a la tesis hartiana, entre ellos están los llamados institucionalistas y los neoinstitucionalistas. A los anteriores habría que añadir a los seguidores de la teoría del discurso; a los seguidores de la autopoiesis⁶;

⁴ Nicole Lacey en su ilustrativa obra acerca de Hart señala: “La idea de la obra de Hart (se refiere al *Concepto de Derecho*) tenía como objeto presentar su teoría del Derecho en un texto accesible para los estudiantes. De hecho, el libro fue recibido como una contribución original a la jurisprudencia analítica lo cual movió el tema dentro de una nueva era. *El Concepto de Derecho* atrajo la atención de muchas publicaciones inglesas y norteamericanas de Derecho y filosofía... Herbert Morris en la revista de Derecho de Harvard (*Harvard Law Review*) encontró a la obra de Hart como elegantemente escrita y brillantemente argumentada... Ella permanece, cuarenta años después de su publicación, como punto central de referencia para la enseñanza de la jurisprudencia analítica, conjuntamente con *La Teoría pura del Derecho* y la *Teoría general del Derecho y del Estado* de Kelsen. Las mencionadas obras constituyen el punto de partida de la investigación jurisprudencial en la tradición analítica...”. Ver Nicole Lacey, *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and The Noble Dream*, Oxford University Press, Oxford, 2012. pp. 223 y 224. *El concepto de Derecho* de Hart fue traducido al español por Genaro R. Carrió. La segunda edición (reimpresión) fue publicada por Abeledo-Perrot (Buenos Aires, Argentina) en 2004. La extraordinaria traducción del ilustre jurista argentino contó con un prefacio del propio Hart. Sobre Carrió comenta la ya mencionada biografía de Hart: “Carrió ocupó una plaza especial en el universo de Hart: Herbert se lo describió a Bob Summers como una persona apreciable: amable y capaz, lamentando que regresara a Argentina”. Nicole Lacey, ob. cit., p. 264.

⁵ H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004. pp. 99 y ss.

⁶ En esta materia Niklas Luhmann se ha servido de la autopoiesis para presentar un nuevo paradigma teórico relacionado con los sistemas autopoieticos. La aplicación del concepto de autopoiesis a los sistemas sociales implica que el carácter autorreferencial de ellos no se restringe al plano de sus propias estructuras sino que incluyen sus elementos y componentes es decir que él mismo constituye los elementos de los que consiste. El esfuerzo de Luhmann va dirigido a la búsqueda de elementos funcionales a la integración normativa para enfrentar problemas que afectan a la autoorganización y la autoproducción de las sociedades en contextos de contingencia y riesgo.

al realismo legal americano y escandinavo⁷; formalistas y naturalistas legales (naturalismo legal).

Todo lo anterior debe combinarse (al menos desde el punto de vista de una aproximación completa a la filosofía jurídica de hoy) con la antropología y la sociología del Derecho, el Derecho y la literatura, el Derecho y las humanidades, Derecho y políticas públicas, teoría feminista del Derecho, Derecho y sicología y finalmente Derecho y neurociencia.

Como bien señala Del Mar cincuenta años han pasado desde la publicación de *El concepto de Derecho* y hay los primeros indicios de descontento en la academia. Por ejemplo, como resultado del empuje de la investigación de paradigmas tales como el nuevo realismo legal o los estudios legales cognoscitivos, se han producido algunas grietas en el modelo hartiano al cual nos referimos en líneas anteriores. El fenómeno señalado se expresa con las siguientes preguntas: ¿Puede la disciplina organizarse ella misma de una forma diferente? ¿Existe una nueva ortodoxia emergiendo, o podemos hacer las cosas sin ninguna? ¿Puede la nueva generación de filósofos del Derecho continuar aprendiendo de las lecciones del pasado reciente pero empezando desde un punto de partida diferente (o, mejor dicho desde diferentes puntos de partida), y requerir una mayor variedad de métodos y recursos? El análisis que se hace en *New Waves in Philosophy of Law* permite inferir que la respuesta debe ser positiva⁸.

Las anteriores reflexiones complementan la preocupación del filósofo del Derecho de hoy en el sentido de edificar una disciplina capaz de dar respuesta a los problemas jurídicos del presente. Muchas veces confrontamos –los que nos dedicamos a la enseñanza– la necesidad de equilibrar las herramientas –algunas provienen de análisis históricos– que proporcionamos al estudiante con la necesidad de que las mismas sean capaces de aportar respuestas adecuadamente eficaces para

⁷ Sobre el realismo jurídico norteamericano ver: Brian Leiter, ob. cit., pp. 101 y ss. Ver H.L.A. Hart, ob. cit., pp. 81 y 82. Ver Alf Ross, *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977. pp. 56 y ss. La obra señalada de Ross es interesante en el sentido de que plantea una crítica a lo que él llama “el anterior realismo”.

⁸ Maksymilian Del Mar, “Introducción” en *New Waves in Philosophy of Law*, Palgrave, Macmillan, London, (edición electrónica de Amazon), 2011. pp. 1 y 2.

confrontar problemas jurídicos reales. Al menos limitando nuestro requerimiento de realidad a lo exigido para mantener de forma justa la paz en una sociedad. De alguna forma la obra de Arthur Kaufmann nos ofrece algunos elementos a considerar en el análisis del mundo de hoy. Si bien no pudo ir más allá del primer año del presente siglo, en efecto falleció en el 2001, su obra configura un modelo digno de revisión ya que permite visualizar las ideas de un filósofo que confrontó las grandes interrogantes derivadas luego del fin de la Segunda Guerra Mundial. Probablemente pocos como él entendieron cómo debía ser el Derecho luego de la gran calamidad que representó para la humanidad la Segunda Guerra Mundial. Su cercanía con Radbruch también permite un entendimiento –desde su propia perspectiva– del Radbruch anterior y posterior a la guerra del cual se ha dicho –lo cual no es del todo cierto– que realizó un giro copernicano del positivismo al jusnaturalismo. Dejemos que sea el propio Kaufmann el que nos señale la óptica bajo la cual desarrolla su análisis:

“Yo hablo sobre las cosas. Hoy no hay muchos más filósofos del Derecho que hagan lo mismo. La mayor parte se dedican a los puntos centrales, cuando no exclusivamente a los problemas formales, en especial las reglas de procedimiento para el discurso y la argumentación, las teorías procesales de la verdad y la justicia y los discursos éticos orientados procesalmente. En tanto se delibera sobre la justicia, esto sucede casi sin excepción bajo reducción al principio formal de igualdad... Para mí los contenidos son tan importantes como la forma. El hecho de que la mayor parte de los expertos se limiten hoy en lo esencial a los problemas procesales, no obedece en general a que les parezcan los contenidos menos importantes. Ellos son más bien de la opinión de que ocuparse con contenidos de la justicia no puede satisfacer las pretensiones científicas. Esto sería mucho más tarea de los políticos que de los filósofos del Derecho... soy de la opinión –lo he dicho repetidamente– de que los contenidos de la justicia (se trata nada menos que de un posible orden justo de la comunidad) son demasiado importantes como para dejarlos exclusivamente en manos de los políticos partidistas –sin duda necesarios. Si esto que planteo satisface el concepto de ciencia de este o aquel crítico es algo que asumo con tranquilidad. Pero

no quiero merecer el reparo de que hablo sobre cosas que pasan de largo los problemas más apremiantes de nuestro tiempo y nuestra sociedad”⁹.

Los comentarios de Kaufmann se vuelven reveladores para nosotros, cuando situados a la luz de lo que históricamente vivimos en nuestro país, se nos muestra una descuidada formalización del Derecho con prescindencia de su contenido. A veces podemos percibir un fenómeno que se ha vuelto constante en nuestro desarrollo jurídico diario el cual se nos revela como una situación en la cual los resultados preceden a las justificaciones. No es a veces fácil el tener que entender un derecho –cualquiera que sea su fuente– cuando la producción del mismo no ha estado determinada por las consultas requeridas con el objeto de construir una justificación del mismo sobre bases firmes. Es como si la necesidad de justificación del Derecho hubiera perdido todo su sentido en pos de un objetivo que ni siquiera es claro para los autores del mismo.

En el fondo la discusión acerca de constitucionalidad, legalidad, moralidad (si todavía existe como elemento a tomar en cuenta) hubiera perdido todo sentido frente a la necesidad de hacer lo que se quiere hacer. Siempre está presente en nuestra reflexión aquella cita de Séume con la cual Radbruch empieza su capítulo sobre *“La validez del Derecho”*. La misma expresa: *“Tú debes, porque yo quiero, es un desatino; pero, tú debes, porque yo debo, es una conclusión justa y la base del Derecho”*¹⁰. Algún filósofo del Derecho respondía a la pregunta ¿cuál es el correlato del Derecho? señalando qué es lo que lo hace entendible. Es decir a quién va dirigido y cómo es esa dirección.

⁹ Arthur Kaufmann, ob. Cit. p. 23. En el prólogo de la primera edición de su *Filosofía del Derecho*, Kaufmann señala: “El presente volumen quiere ofrecer una ‘filosofía del Derecho’ para reflexionar. Naturalmente se entiende por sí mismo que se quiere suministrar material iusfilosófico. Pero el lector no debe simplemente tomar receptivamente este material sino realizarlo e interpretarlo en forma activa y adoptarlo, no sin crítica, como posesión propia. El debe, dicho en resumen, ejercitarse en el pensamiento iusfilosófico. El libro no es una exposición sin lagunas de aquello que se denomina ‘Filosofía del Derecho’. Esto sería de todas maneras imposible. Más bien, las cuestiones materiales discutidas son ejemplos típicos de la filosofía del Derecho, en los cuales se puede incitar el filosofar sobre temas iusfilosóficos”. Ver Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 24.

¹⁰ Gustavo Radbruch, *Filosofía del Derecho*, Editorial Reus, Madrid, 2007. p. 151.

¿Qué garantía tenemos en nuestro país de que lo perseguido por el Estado o quien lo represente (para el infortunio de muchos) oriente su acción en la búsqueda de un bien común colectivo en el cual se reduzcan al máximo las discriminaciones por cualquier razón? La respuesta, hoy en Venezuela, lamentablemente no puede ser positiva. Tal como señala Mark Murphy: *“Un sistema jurídico que anuncia que no es para el bien común es como un despertador que señala que no puede ser usado para despertar gente”*¹¹.

Al final no podemos dejar al ciudadano sin entender al Derecho, sin proporcionar los elementos de justificación necesarios para apuntalar su legitimidad. En el fondo hay un elemento moral, que podemos discutir el rol que desempeña, pero siempre va a estar presente en la forma en que juzgamos las decisiones del legislador. Tal como señala Orrego citado por Carolina Pereira Sáez:

*“Más vale advertir a los ciudadanos que, cualesquiera que sean los términos del Derecho positivo –cualquiera sea su claridad y validez formal–, los jueces y los demás funcionarios obedecerán antes y más a la moral que no puede ser suplantada, que al Derecho. O sea, que la ley injusta no será aplicada en definitiva, aunque se le declare ley en algún momento, por razones de claridad. Lo más honesto y claro sería decir que la regla de reconocimiento incluirá esa apelación definitiva a la moral, y no dejarle al ciudadano la sorpresa de última hora”*¹².

Probablemente, la alternativa planteada por el autor recién citado, se vea limitada en un entorno en el cual el imperativo de la ideología mezclado con los más variados intereses, ha movido fuertemente una tendencia hacia la relativización de la moral. Esta ideología utilitaria ha sido, combinada con la estrategia del miedo, un factor fundamental en la pérdida de la posición institucional requerida por legisladores y administradores del Derecho.

De cualquier forma, el enfoque de Kaufmann revela claves esenciales para redefinir en nuestra sociedad, la misión de la filosofía del

¹¹ Mark C. Murphy, *Philosophy of Law The fundamentals*. Blackwell, Malden, 2007. p. 45.

¹² Carolina Pereira Sáez, *La autoridad del Derecho. Un diálogo con John M. Finnis*, Editorial Comares, Granada, 2008. p. 223.

Derecho como crítica permanente de lo que el Derecho debería ser. No en función de una teoría particular que adoptemos como modelo básico a desarrollar frente a todas las preguntas que podamos hacerle al Derecho, sino más bien, como intérpretes de una realidad cuya complejidad no puede ser subestimada y que exige del Derecho respuestas que puedan ser evaluadas con los instrumentos disponibles. En este último sentido no podemos dejar pasar de largo, como señalaba Kaufmann, los problemas más apremiantes de nuestro tiempo y de nuestra sociedad.

La tarea del filósofo jurídico en nuestro país tiene que hacerse como el bote de Neurath. Es decir, igual que no podemos reconstruir el barco cuando estamos en el mar sino plancha por plancha para permitir su flotación, con el Derecho, en mi opinión, pasa lo mismo. Debe continuar como tal –no podemos eliminarlo de una vez– hasta que podamos ir cambiando los elementos que permitan adecuarlo a los fines que siempre ha perseguido y a los que las nuevas exigencias sociales requieren. Todo ello, en el entendido de que en un sistema abiertamente democrático y no aparente, las cosas a las que se refería Kaufmann, deben hacerse con el mayor consenso posible. En tal situación las exclusiones –incluso las de los que contribuyeron al caótico estado que tenemos– son moralmente imposibles¹³. Con toda razón Kaufmann dedica una parte del capítulo vigésimo de su libro al “*imperativo categórico de la tolerancia*”.

Pero no podemos tener una idea clara de nuestra disciplina sin relacionarla con la filosofía de hoy y los temas que la ocupan. En un libro que se ha constituido en un clásico *Philosophy and the Mirror of Nature* Richard Rorty¹⁴ analiza lo que han sido los temas de la filosofía y los que nunca dejarán de serlo. El análisis de Rorty se relaciona

¹³ El ejemplo de Neurath ha sido utilizado ampliamente por los filósofos. Quine se refiere a él de la siguiente manera: “Neurath ha comparado el análisis en la ciencia con un bote el cual, si queremos reconstruir, debemos hacerlo plancha por plancha mientras estamos a bordo de él”. Ver Willard Van Orman Quine, *Word and Object*, The Mit Press, Cambridge, 2013. p. 3.

¹⁴ El libro fue publicado en 1979 y a los treinta años (2009) la Princeton University Press publicó una nueva edición para conmemorar el evento. En el 2018 se publicó la edición que tomamos para este trabajo en la colección “Princeton Classics”. Ver Richard Rorty, *Philosophy and The Mirror of Nature*. With an Introduction by Michael Williams, an afterword by David Bromwich, and Rorty essay “The Philosopher Expert”. Princeton Classics, Princeton University Press, New Jersey, 2018.

con algunos de los temas que tienen presencia permanente para nuestra disciplina. Rorty distingue entre filosofía sistemática (*systematic*) y filosofía constructiva (*edifying*). Sin pretender profundizar en el acucioso análisis de Rorty podemos señalar que para él los grandes filósofos sistemáticos son constructivos y ofrecen argumentos. Los grandes filósofos constructivos son reactivos y ofrecen sátiras, parodias y aforismos. Ellos saben que sus argumentos pierden peso cuando finaliza el período frente al cual ellos reaccionan. Ellos son intencionalmente periféricos. Los grandes filósofos sistemáticos, como los grandes científicos, construyen para la eternidad. Los grandes filósofos constructivos destruyen para el beneficio de su propia generación. Los filósofos sistemáticos quieren asegurar sus sujetos dentro de los parámetros de la ciencia: los filósofos constructivos quieren dejar un espacio abierto para el sentido de la emoción producida por la sorpresa de lo extraordinario, lo cual es muchas veces producido por los poetas. Es decir, todo aquello que no puede ser fácilmente –por el momento– explicado o completamente descrito¹⁵.

El asunto relativo a cómo debemos o podemos clasificar a los filósofos del Derecho según la caracterización de Rorty, no es un mero tema de encasillamiento para ocupar nuestras reflexiones filosófico-jurídicas. Más bien es un instrumento de análisis para pensar en la continuidad del análisis del Derecho y los aportes que todos los filósofos nos proporcionan a la filosofía jurídica –siguiendo la terminología de Rorty– como una disciplina cooperativa y progresiva. En tal sentido se trata de un rompecabezas al que siempre le van a hacer falta piezas lo cual no quiere decir que no haya alguna claridad en algunas de sus partes. Para los que enseñan la filosofía jurídica –que es el caso que nos ocupa– las decisiones lucen más complicadas. Podemos dedicarnos a

¹⁵ Richard Rorty, ob. cit., pp. 369 y 370. Para Rorty los filósofos convencionales son los que él llama sistemáticos y los periféricos son aquellos que él llama constructivos (*edifying*). Estos filósofos periféricos y pragmáticos son escépticos de forma primaria acerca de la filosofía sistemática, acerca de un proyecto total de proporción universal. En nuestro tiempo –señala Rorty– Dewey, Wittgenstein y Heidegger son los grandes pensadores constructivos y periféricos. Todos ellos hacen difícil, en la medida de lo posible, tomar su pensamiento como expresión de puntos de vista relativos a los problemas filosóficos tradicionales o como haciendo proposiciones constructivas para la filosofía como una ciencia cooperativa y progresiva. Ver Richard Rorty, ob. cit., pp. 367 y 368.

su historia lo cual no es desdeñable y contribuye a generar un número difícil de calcular de puntos de partida. O pretender, en mi opinión equivocadamente, que podemos asegurar un terreno de análisis que nos blinde de cualquier discusión que surja cuando lo general pretenda convertirse en particular.

A fin de cuentas, siempre se va a patentizar en nuestras decisiones esa doble imagen de hombre como ser natural explicable empíricamente y como ser o agente moral que requiere otro tipo de entendimiento. La solución no puede ser dada por la eliminación de lo que –por cualquier razón– nos parece menos evidente o entendible de acuerdo con el alcance del conocimiento que tenemos. De cualquier manera, el siguiente párrafo de Rorty contiene algunos de los elementos que hemos venido expresando:

“Nadie sabe si la distinción entre la filosofía sistemática y la constructiva van a seguir teniendo el mismo efecto de arrastre que ha tenido hasta ahora. Probablemente la filosofía se va a transformar en una filosofía constructiva, de tal manera que la identificación de uno como filósofo va a expresarse solamente en términos de los libros que uno lee y discute en vez de los problemas que uno desea resolver. Probablemente una nueva forma de filosofía sistemática pueda ser encontrada. La misma puede no tener nada que ver con la epistemología, pero pudiera, a pesar de ello, hacer posible la investigación filosófica normal. Estas especulaciones son enfermedades y nada de lo que he dicho hace más plausible una proposición que otra. El único punto en el que quiero insistir es que la consideración moral de los filósofos debe continuar en la conversación de Occidente, con preferencia a la discusión acerca de qué lugar deben ocupar los problemas de la filosofía moderna en dicha conversación”¹⁶.

En el presente trabajo queremos resaltar algunos de los elementos centrales del análisis de Kaufmann. Queremos insistir en que su obra tiene el mérito de entender las preocupaciones centrales de Radbruch (su maestro) y, por otra parte, responder a la filosofía jurídica después

¹⁶ *Ibidem.* p. 394.

de la calamidad que representó, en todos los órdenes, el advenimiento y fin de la Segunda Guerra Mundial. Con el objeto de ver más claro su pensamiento nos referiremos a los títulos utilizados por él en los distintos capítulos de su obra. Todo ello en el entendido de que nuestras consideraciones se referirán a los elementos que consideramos deben ser resaltados. Lo anterior no se hace en desmérito de partes de su obra que pueden ser objeto de análisis más pormenorizado, pero que no comentamos. Posiblemente uno de los temas que llaman a reflexión sea el “*relativismo filosófico de Radbruch*”, el cual pudiera tener su origen en una consideración material de los valores en una filosofía que se originó dentro de una consideración positivista del Derecho¹⁷. Tal como señala Joaquín Almoguera Carreres en su Introducción a la *Filosofía del Derecho* de Radbruch:

“...el primer cambio apreciable en la obra de Radbruch, es decir, el paso de la problemática formal de los valores a una problemática material, termina por fundamentar un escepticismo relativista en filosofía del Derecho. Consciente de esta situación, los esfuerzos

¹⁷ El propio Radbruch en la edición de 1932 de su obra de filosofía, la cual fue traducida al español en 1933 con un prólogo del autor para dicha edición señaló: “Tanto antes como después (se refiere a las ediciones de su obra de 1914 y 1922), el autor profesa idéntica tendencia ideológica: aquel racionalismo “que quiere permanecer en la noche llamada ilustración” (Larenz) y aquel relativismo “que por sí mismo se destruye por acientífico” (Sauer). El autor no se entrega a la moda irracionalista de la época. El racionalismo aquí mantenido no cree ciertamente que el mundo pueda ser captado en absoluto por la razón. Empero, ve su tarea en el descubrimiento racional de las contradicciones supremas y no en su enturbiamiento irracional. El autor cree que el relativismo todavía tiene mayor importancia en la actualidad que en la época en que el libro apareció por vez primera. Pues el relativismo es el supuesto ideológico de la democracia: esta se opone a identificarse con una determinada concepción política y está siempre dispuesta a permitir la dirección del Estado a toda concepción que sepa ganarse la mayoría; y porque no conoce un criterio unívoco con el que juzgar del acierto de las concepciones políticas, no acepta la posibilidad de una situación que esté por encima de los partidos. El relativismo, con su doctrina de que ninguna ideología de partido es demostrable ni refutable, es muy apropiada para contrarrestarnos en las luchas políticas la tendencia a creernos poseedores únicos de la justicia, y a ver sólo en el enemigo o tontería o maldad: si la ideología de partido es indemostrable, toda permite, por consiguiente, que se le combata desde la perspectiva opuesta; y si ninguna es refutable, toda ideología debe, por tanto, ser respetada por sus enemigos. De esta manera el relativismo nos enseña que hemos de ser decididos en nuestras posiciones, a la par que justos para las ajenas”. Ver Gustav Radbruch, ob. cit., pp. 36 y 37.

teóricos de Radbruch se dirigen a controlar y compensar el resultado positivista, sorprendentemente en cierto modo, de su propia posición. Quiere decirse, que era preciso un mecanismo capaz de conjugar la contingencia de un Derecho indeseable pero válido como consecuencia de una toma de posición general. Para lograrlo, sus esfuerzos se movieron en dos direcciones. Una que podría considerarse filosófica, parte de la consideración de que el valor del Derecho, que convierte a este, precisamente, en una realidad cultural peculiar, no es relativo en el mismo sentido en que pueda serlo, por ejemplo, la utilidad. Por el contrario, dice, se trata de un valor absoluto, aunque su validez universal, sin embargo, no pueda conocerse, por la indicada imposibilidad lógica de valorar el valor. De esta manera, justifica el relativismo, no en atención a factores materiales, puesto que el Derecho representa un valor absoluto, sino en atención al conocimiento, pues es en este en el que se instala lo relativo (de manera inevitable) y no propiamente en el objeto... Para suavizar las conclusiones relativistas de su posición, Radbruch trabaja también en otra línea que podría denominarse técnica. Se trata aquí de subrayar que la mencionada idea del Derecho permite el desarrollo mismo del Derecho positivo y facilita su interpretación. Dicho con otras palabras, dota de una objetividad al Derecho que hace posible la construcción jurídica y la sistematización en un todo de las partes. Este recurso a una noción teleológica, destinada a establecer los fines de cada elemento jurídico, así como a la noción de construcción a la que conduce, son de la máxima importancia, pues implica la reintroducción de las formas y de los principios de la construcción jurídico-formal en su planteamiento”¹⁸.

PRIMERA PARTE ACERCA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Kaufmann nos aporta una aproximación a la filosofía del Derecho deslindándose de la dogmática y la sociología jurídica. En su delimitación –más descriptiva que conceptual– constituye a la justicia como

¹⁸ Joaquín Almuera Carreres, “Introducción” en Gustav Radbruch, ob. cit., pp. 16 y 17.

elemento central de la descripción que pretende realizar. En tal sentido señala:

“...la Filosofía del Derecho tiene que ver con el Derecho justo, en resumen: ella es la doctrina de la justicia. Mientras la ciencia jurídica dogmática no sobrepasa el Derecho vigente y solo lo critica intrasistemáticamente, la Filosofía del Derecho orientada transisistemáticamente se interesa por el Derecho vigente solo con respecto a su valor o disvalor”¹⁹.

El tema de la relación entre el Derecho vigente y la filosofía jurídica –con su elemento esencial de justicia según Kaufmann– es enormemente importante en la consideración de la justicia dentro del sistema del Derecho. Todo ello en cualquier análisis que parta de una teoría de los sistemas como la de Niklas Luhmann y Talcott Parsons. El tema ha sido considerado por Naucke y Harzer en los siguientes términos:

“...el sistema jurídico es un sistema abierto, que, por ejemplo, permanece en comunicación continua con el político y el económico para cumplir de la mejor manera posible su función estabilizante. Esta idea es realista e informativa, aunque muestra de modo casi mejor que la versión ingenua hasta qué punto se ha alejado esta teoría del Derecho de la pregunta acerca de la justicia, o cuánto ha podido crecer la pregunta respecto de la justicia sin esforzarse por interrogarse acerca de cómo se mantiene estable un sistema social”²⁰.

En la valoración que el autor que comentamos realiza acerca de la filosofía del Derecho la concibe como una rama de la filosofía. Para él la filosofía se ocupa siempre y en todas sus formas de los problemas relacionados con el devenir humano. Lo que Karl Jaspers, citado por el autor que estudiamos, llama lo “*inasible*”²¹. Pero el análisis de Kau-

¹⁹ Ver Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 39.

²⁰ Wolfgang Naucke y Regina Harzer, ob. cit., p. 189.

Ver Julio Rodríguez Berrizbeitia, *Caminos de la filosofía jurídica actual*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 97, Caracas, 2011. pp. 54 y ss.

²¹ Cuando Kaufmann se refiere a Jaspers probablemente lo considera desde el punto de vista de este con respecto a la existencia. Hirschberger cita a Jaspers en este tema: “los grandes polos

fmann nos aporta elementos a considerar con respecto a dónde debe comenzar nuestro análisis filosófico-jurídico. Algunas de esas consideraciones no son ajenas a las teorías en boga –como veremos más adelante– en la filosofía del siglo veinte (especialmente la que se realizó con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial). El siguiente texto del autor citado ahonda la reflexión metodológica en la cual lo material pareciera superponerse –de alguna forma– a lo formal. Su comentario comienza con Pascal y lo lleva a la consideración de la hermenéutica:

“Ahora tampoco es verdad que la filosofía y la filosofía del Derecho puedan proceder completamente sin presupuestos. Esto se puede fácilmente aclarar con lo que Pascal ha designado en la Lógica de Port Royal (1662) como el –inalcanzable– “método más perfecto”: no se debe emplear ningún concepto que antes no se hubiera definido claramente, y no se puede hacer ninguna aseveración sin que se hubiese acreditado su verdad. No se requieren prolijas reflexiones para percibir que esas exigencias son imposibles, porque ambas tendrían que conducir a regresos infinitos. Pero la filosofía, a diferencia de la dogmática, tiene no obstante que esforzarse, a lo menos, en hacer el intento de “analizar” también los problemas fundamentales y los presupuestos básicos de las ciencias y sistemas; dicho con las palabras arriba mencionadas, ella tiene que asumir una posición sistemático-trascendente. Esa posición no es aquella

de la existencia, que se dan la mano en todas las formas del “envolvente”, son, pues razón y existencia. Ambos son inseparables. Perece la una si perece la otra. La razón no puede diluirse en la existencia en provecho de una terca opacidad que se cierra a sí misma las puertas, que desesperadamente resiste a la “patencia” (offen barkeit). La existencia no se puede volatilizar en la razón en gracia de una transparencia que se quiere hacer pasar, en cuanto tal, por la realidad substancial. La existencia se ilumina solamente por la razón; la razón se llena de contenido solo por la existencia”. Ver Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 39. Ver Johannes Hirschberger, *Historia de la filosofía*, Tomo II, Herder, Barcelona, 1976. pp. 426 y 427. Alicia Villar Ezcurra en un artículo titulado “El yo inasible de Pascal frente a la fortaleza del sujeto cartesiano” señala: “Frente a Descartes, que quiso convertir al sujeto pensante en el centro y fortaleza de su poder, Pascal se confrontó con la contingencia, el azar y la opacidad de la existencia humana. Trató de “descenrar” al sujeto y ahondar en sus disonancias más profundas. Distinguió tres órdenes de realidad inconmensurables: los cuerpos, los espíritus y la caridad”. Ver Alicia Villar Ezcurra, “El yo inasible de Pascal frente a la fortaleza del sujeto cartesiano”, *Isegoría. Revista de Filosofía, Moral y Política*, N° 42, enero-junio, 2010. pp. 265-278.

de tabula rasa. Precisamente la nueva hermenéutica ha indicado que el “prejuicio” (no entenderlo negativamente y mejor llamarlo “precomprensión”) es directamente la condición de la comprensión de los fenómenos de este mundo, pero que ciertamente tendrá que ser revisada siempre mediante nuevos actos del conocimiento. No hay en la filosofía –y esto naturalmente vale también para la filosofía del Derecho– nada que no pueda ser problemático, sin excluir su propia naturaleza. Pero no todas las preguntas son en la misma medida oportunas. Esto se determina, esencialmente, conforme a las circunstancias históricas dadas que indican cuáles son los problemas iusfilosóficos “correctos”. Luego de las enormes perversiones jurídicas en la época del nacional-socialismo, se orientaron los problemas iusfilosóficos en la segunda posguerra mundial hacia la “naturaleza de la cosa”, “las estructuras lógico-reales” las “instituciones precedentes”, para dar así de nuevo un asidero al Derecho”²².

En las últimas líneas del párrafo anterior Kaufmann se refiere a la necesidad de dar “*un nuevo asidero al Derecho*”. Algunos hablarían de un fundamento independientemente de la naturaleza del mismo. De alguna forma la fenomenología; el positivismo analítico; el realismo; el naturalismo; el estructuralismo y el neo-tomismo, entre otras corrientes, pretenden dar una respuesta que ninguno de ellos puede agotar a pesar de los méritos de alguno de estos planteamientos. En la formulación de “*las tareas de la filosofía del Derecho*” Kaufmann nos introduce en el tema relativo a la relación entre objeto y sujeto como elemento que explica una teoría cognoscitiva de la justicia. A fin de cuentas, la explicación luce central y pudiera correr el riesgo de acercarse a concepciones naturalistas acerca del Derecho²³. El texto de Kaufmann es el siguiente:

²² Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 40 y 41.

²³ Quine citado por Leiter en *Naturalismo y teoría del Derecho* señala: “La epistemología, o algo que se le parece, entra sencillamente en línea como un capítulo de la psicología y, por tanto, de la ciencia natural. Estudia un fenómeno natural, a saber, el sujeto humano físico. A este sujeto humano se le suministra una cierta entrada, experimentalmente controlada –por ejemplo, ciertos patrones de irradiación de diferentes frecuencias– y cumplido el tiempo este sujeto devuelve como salida una descripción del mundo externo tridimensional y su historia. La relación entre la magra entrada y la torrencial salida es una relación cuyo estudio nos apremia por, en parte, las mismas razones que apremiaron siempre a la epistemología: vale

“Se creyó durante mucho tiempo, y muchos lo creen todavía, que la pregunta sobre el “qué” de la justicia y la pregunta acerca del “cómo” del conocimiento de la justicia podían tratarse y responderse de manera completamente independiente una de otra. El Derecho justo y la justicia se plantean como objetos substanciales, como objetos que se contraponen a nuestro pensamiento y son aprehendidos en su pura objetividad por “sujetos”. En el conocimiento nada accede del sujeto cognoscente. Conforme a eso se enseña, y se escriben hasta hoy “filosofías del Derecho”, de un lado, y “doctrinas del método”, del otro lado, colocadas una junto a la otra sin apenas punto de contacto.

Sin embargo, el esquema teórico-cognoscitivo sujeto-objeto pertenece al pasado; esto incluso en las ciencias naturales explicativas, y con mucha más razón en las ciencias de comprensión hermenéutica. Por esto se han logrado más y más en nuestra época teorías procesales de la justicia que conciben “el Derecho justo” como producto del proceso de creación jurídica “solo” habrá que preguntarse si exclusivamente como un producto semejante (así sobre todo Niklas Luhmann), o si ese proceso tiene un fundamento material, “ontológico” (lo que no es lo mismo que “ontológico substancial”); tal es la idea sostenida aquí”²⁴.

decir, al objeto de saber cómo se relaciona la evidencia con la teoría, y de qué manera la teoría de la naturaleza que uno pueda tener trasciende cualquier evidencia disponible”. Ver Brian Leiter, ob. cit., p. 74. El tema es central en el asunto –capital para la filosofía jurídica– de la percepción que tenemos de la justicia como objeto y la relación de esa percepción con la de los demás. Daghinn Føllesdal en el prefacio a la edición de *Word and Object* de Quine de 2013 señala: “Cuando tratamos de entender a otra persona, tenemos que hacer asunciones relativas al objeto que él percibe y a las propiedades que tiene dicho objeto, es decir acerca de sus teorías y la estructura de lo que él percibe. En la medida en que el proceso de entendimiento se desarrolla esas asunciones pueden modificarse a la luz de evidencia pública y accesible”. Ver Daghinn Føllesdal, Prefacio de la nueva edición en: Willard Van Ormann Quine, *Word and Object*, The Mitt Press, Cambridge, 2013, p. XVIII.

²⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit. p. 42. El propio Kaufmann critica más adelante en su obra la teoría de los sistemas de Luhmann en los siguientes términos: “Según ella no existe en absoluto algo así como “corrección”, “justicia”, “verdad”; estos son más bien solo símbolos con cuyo uso se profesan buenos deseos o se traduce un consenso presupuesto. Pues según esta teoría, la función del sistema es completa en cuanto también integra las ideas de verdad y justicia, y no en último término, también al sujeto de derecho, de tal manera que una crítica a ella desde posiciones extrasistemáticas es imposible. El sistema se legitima a través del proceso. No importa que la justicia se realice (ella no existe), sino que el sistema funcione, mientras reduzca complejidad social. En absoluto existe un “qué”, el cual surge de un “como”; solo hay el “como”, en modo contenidos. La corrección es idéntica al procedimiento: un nuevo

1.1. El problema histórico de la filosofía del Derecho (Derecho natural y positivismo)

El análisis y comentarios acerca de tendencias históricas en la filosofía del Derecho dan pie a Kaufmann para plantear una nueva forma de filosofía del Derecho que vaya “*más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico*”. Lo interesante de su posición crítica se resume en el siguiente comentario acerca de las tendencias señaladas que sirve de preámbulo a lo que es la filosofía —él lo llama reanudación— después de la Segunda Guerra Mundial. En el siguiente comentario se expresan algunas de las críticas formuladas al positivismo y al jusnaturalismo, críticas que, en mi opinión, no desmerecen el valor de dichas tendencias para la filosofía del Derecho independientemente de la razón de ser de cada una de ellas. Probablemente sería preferible no jugar a la teoría “de todo o nada” sino buscar una concepción que pudiéramos calificar como holista tal como lo formula la teoría de la integridad de Dworkin²⁵. De cualquier forma, el comentario de Kaufmann sobre positivismo e iusnaturalismo es el siguiente:

“Pero si el problema de las lagunas todavía se trata de una insuficiencia lógica del positivismo científico, su progresiva degeneración...”

“Derecho natural” íntegramente funcional”. Ver Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 478. Sobre la obra de Luhmann, Habermas señala: “La sociología del Derecho de Luhmann es interesante ... meramente como la versión más rigurosa de una teoría que asigna al Derecho una posición marginal (comparada con su puesto en otras teorías sociales clásicas) y neutraliza el fenómeno de la validez legal describiendo los casos objetivamente”. Para Habermas la teoría de Luhmann, que sigue la teoría legal decisionista de Carl Schmitt, se desprende de todas las relaciones internas con la moral y la política. Se reduce a la administración del Derecho y le falta la corrección interna con la organización constitucional y el poder político. Ver Matthew G. Specter, *Habermas. An Intellectual Biography*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 132. Tal como señala Walter Reese-Schafer en *Le dictionnaire des Sciences Humaines*, refiriéndose a Luhmann: “El trabajo esencialmente a partir de oposiciones conceptuales, a partir de codificaciones bivalentes y binarias, tales como sistemas y ambiente, gobierno y oposición, derecho y no derecho, redundancia y variedad. La diferencia, y no la identidad es para él lo primero: es el corazón de su pensamiento. Más allá de la frontera de la sociología, Luhmann se apoya en la biología del código genético y de conocimiento”. Ver Walter Reese-Schafer, en *Le dictionnaire des sciences humaines*, Puf, Presses Universitaires de France, 2006, p. 727.

²⁵ Sobre el tema de las teorías holistas del Derecho ver: Juan Manuel Pérez Bermejo, *Los problemas de las teorías holistas del Derecho*, www.cervantes virtual.com.

ración hacia un puro positivismo legal (ya al final del siglo XIX declararon maestros del Derecho que todavía el “más infame Derecho legal” posee validez, si ha sido producido de manera formalmente correcta) en el nacionalsocialismo se hizo manifiesta. Por lo demás, entonces no solo se pervirtió el positivismo al promulgar leyes oprobiosas también se abusó del pensamiento iusnaturalista cuando se sobrepasó en nombre de un Derecho natural “étnico” sobre el Derecho vigente”²⁶.

En donde pareciera que Kaufmann quisiera concentrar su análisis, tal como lo señalamos al inicio de este trabajo es en lo que él llama “*la reanudación después de la Segunda Guerra Mundial*”. Si bien ello da pie a la consideración de distintas tendencias filosófico-jurídicas su punto de partida parece hacer especial énfasis en los fracasos del Derecho natural y del positivo jurídico. De alguna manera algo similar pero personalizado a lo que ya señalamos con respecto a Hart y Dworkin. Se hace imprescindible en muchos filósofos del Derecho, Kaufmann no es

²⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 76 y 77. Es evidente que el Derecho positivo no puede dar todas las respuestas a los temas planteados por el Derecho vivo. Hart habla de la textura abierta del Derecho en los siguientes términos: “Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que estos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestionen las pautas resultarán ser indeterminadas, tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta”. Ver H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho*, p. 159. Sobre el tema de la discrecionalidad en Hart ver: Julio Rodríguez Berrizbeitia, *Integración y orientación en la obra filosófica de Dworkin, Putnam y Hart: relación del filósofo y el jurista con el mundo de hoy*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Católica Andrés Bello, Serie Estudios, N° 110, Caracas, 2015. pp. 123 y ss. Sin lugar a dudas la expresión iusnaturalista puede –mal interpretada– generar malinterpretaciones derivadas de que lo natural es aquello que nos determina de forma que compromete hasta nuestras opciones morales. Adolf Reinach ha señalado: “Y, sin embargo, usar simplemente esta expresión no es decir mucho (se refiere a iusnaturalismo). Es sobre todo en dos puntos en los que la teoría del Derecho natural parece haber fallado: en la consideración del Derecho positivo y en el proyecto de un Derecho material que tenga también validez general incondicionada”. Ver Adolf Reinach, *Los fundamentos a priori del Derecho civil*, Editorial Comares, Granada, 2010. p. 156. John Finnis en el Capítulo II de *Ley Natural y Derechos Naturales* se ocupa en lo que él llama “imágenes y objeciones” de desvirtuar los “malentendidos” existentes con respecto a las consideraciones de los teóricos del Derecho Natural. Así nos señala: “... la raíz del malentendido parece ser la incapacidad de los críticos modernos para interpretar los textos de los teóricos del Derecho natural en conformidad con los principios sobre la definición que esos teóricos han usado, en general, con plena conciencia y consistentemente”. Ver John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992. p. 60.

la excepción, empezar por dicha matización para luego continuar con la “tercera vía”. Pasemos a continuación a revisar el inicio del planteamiento del filósofo que estudiamos y sus comentarios acerca de las nuevas tendencias. Kaufmann señala que:

“La experiencia histórica enseña que tanto la doctrina clásica del Derecho natural como también el positivismo jurídico clásico han fracasado. El Derecho natural con su sistema de normas petrificadas podría funcionar en sociedades con estructuras muy simples, pero no es suficiente en una sociedad altamente compleja con un muy delicado sistema económico. El positivismo jurídico, de otra parte, ciertamente suministró las grandes obras de codificación de comienzos del siglo XIX, porque el legislador de entonces todavía lo orientaba una fuerte conciencia moral. Ese presupuesto, sin embargo, no se da nunca en las dictaduras de nuestro tiempo; leyes infames no son simplemente ejemplos de cátedra, sino que se han convertido en realidad. El concepto puramente formal de la ley ha fallado”²⁷.

Los comentarios anteriores de Kaufmann, independientemente de su atribución como problemas a una u otra teoría filosófico-jurídica, nos ofrecen una serie de hechos fundamentales, incluso para el filósofo de hoy. Cuando se refiere a normas petrificadas dicho comentario nos recuerda a Lask, el cual, por cierto, es mencionado por Radbruch en el primer capítulo de su filosofía acerca de realidad y valor²⁸. En efecto, Lask contrapone lo cambiante del Derecho positivo frente a lo petrificado del natural (tal como señala Kaufmann). Así señala Lask: “...se reprocha al Derecho natural la formulación de un código ideal válido para todos los tiempos y pueblos”²⁹.

En otro orden de ideas el autor que venimos considerando se refiere a una sociedad compleja. Ya vimos anteriormente su opinión acerca

²⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 77.

²⁸ Gustav Radbruch, ob. cit., p. 39.

²⁹ Emil Lask, *Filosofía jurídica*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2008, p. 28. En realidad, el tema para Lask es que “el apriorismo jusnaturalista” no respetó la inagotable riqueza de contenido de la realidad histórica. Al final es una discusión entre lo formal y lo material presente, también en el apriorismo de los fenomenólogos como Reinach.

de la teoría de los sistemas de Luhmann. Pero debe indicarse que más adelante en su obra se ocupa de “la sociedad pluralista de riesgo” mencionando teorías como la de Luhmann y Beck a los cuales nos referiremos más adelante. De cualquier manera, Kaufmann introduce dentro de sus consideraciones filosóficas lo relativo a cómo actuar sin considerar “*el problema de las anticipaciones riesgosas*” que obligan al jurista a considerar los limitados alcances de la seguridad jurídica frente al futuro. Así señala Kaufmann:

“Quien no pueda formarse ninguna opinión, a causa de la complejidad y apertura de las relaciones, no podrá avanzar en este mundo y limitaría su acción al estrecho círculo de su ámbito personal. Si se quiere actuar de acuerdo con las situaciones no es posible esquivar el problema de las anticipaciones riesgosas, como las denomina Niklas Luhmann”³⁰.

Igualmente, Kaufmann se refiere al “*delicado sistema económico*”. Lo anteriormente indicado a dado pie a una forma de realismo jurídico. En la teoría en cuestión se combinan tres elementos esenciales: una ética normativa liberal, una forma de pragmatismo y una metodología de investigación económica. Richard Posner, citado por Carla Farrali, propone que cuando se afronten los problemas jurídicos se tengan en cuenta los efectos que pudieran generar las soluciones propuestas –tanto a corto como a largo plazo, ya sea para los individuos ya sea para el sistema– efectos identificados en base a investigaciones empíricas acerca de los costos/beneficios y mediante la aplicación del criterio de la racionalidad medio/fin³¹.

Otro de los comentarios del autor en estudio se refiere a la relación histórica entre el positivismo y las grandes obras de la codificación del siglo XIX. En los tiempos actuales vivimos una época de descodificación relacionada con la dinámica de los cambios socioeconómicos. En materia económica las regulaciones jurídicas son –en muchos casos– precedidas por prácticas no reguladas por el Derecho. El tema de la

³⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 541.

³¹ Carla Farrali, *La filosofía del Derecho contemporáneo*, Universidad Complutense, Madrid, 2007. p. 175.

concentración de poder en una persona o en un partido –muchas veces único– que produce “leyes infames” nos introduce frente al tema de la legitimidad del Derecho injusto. Para el positivismo constituye tal situación una prueba de fuego. El propio Hart trató de confrontar el tema tolerando de forma tibia –no llegando a los extremos de John Austen– el Derecho injusto con el objeto de no contaminar el concepto de seguridad jurídica. El siguiente texto de *Concepto de Derecho* es ilustrativo de lo que queremos señalar:

“Puede concederse que los delatores alemanes, que guiados por móviles egoístas procuraron el castigo de otros por aplicación de leyes monstruosas, hicieron algo prohibido por la moral; sin embargo, la moral puede exigir también que el Estado castigue únicamente a aquellos que, al hacer el mal, hicieron lo que estaba prohibido por el Estado en ese momento. Este es el principio de nulla poena sine lege. Si hemos de introducir fisuras en este principio para impedir algo que se considere un mal mayor que su sacrificio, es vital que las cuestiones en juego sean identificadas claramente”³².

Para Finnis:

“...las disposiciones adoptadas en favor de la conveniencia partidista, o que exceden (sin justificación por emergencia) la autoridad jurídicamente delimitada, o que imponen cargas inequitativas sobre los súbditos, o que ordenan hacer cosas que nunca deben hacerse, sencillamente no logran, por sí mismas, crear ninguna obligación moral en absoluto”³³.

El último señalamiento de Kaufmann en este tema que queremos mencionar es su afirmación –siguiendo a Radbruch– de que “*el concepto puramente formal de la ley ha fallado*”. Evidentemente la afirmación anterior se refiere a la falta de contenido del Derecho puramente formal³⁴. Pero en todo caso, Kaufmann no aborda sus planteamientos

³² H.L.A. Hart, ob. ci., p. 261.

³³ John Finnis, ob. ci., p. 387.

³⁴ De hecho, en la cita a pie de página número 37, Kaufmann indica que la fórmula de Radbruch (el argumento del entuerto) ha cobrado de nuevo actualidad, precisamente en relación con el problema de la injusticia legal en la antigua República Democrática Alemana. Ver

referentes a lo que él denomina “*más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico*” sin aportarnos sus ideas acerca de la filosofía jurídica después de la Segunda Guerra Mundial. Tratemos –con las limitaciones de un trabajo como el presente– de mencionar algunos de sus señalamientos.

En referencia a lo que llama “*el renacimiento del Derecho natural*”. Su punto de vista (probablemente como el de muchos filósofos del Derecho alemán) está relacionado más que con un análisis a fondo del Derecho natural con las reacciones que se produjeron frente a la “*injusticia legal*” del régimen nacionalsocialista. De alguna manera es ilustrativa su cita de Jean Paul (aunque la misma es expresión de una mofa) de que cada misa y cada guerra abastecen nuevos derechos naturales³⁵. Es más, cuando se refiere al neopositivismo lo critica –a pesar de reconocer su relación con lo empírico– por su analogía con el jusnaturalismo. El siguiente texto trata de mostrar esa relación a la que se refiere el autor in comento:

“La doctrina del Derecho natural (se piensa en la doctrina del Derecho natural clásica: absolutista y racionalista) y el positivismo legal se diferencian en verdad ontológico-iusfilosóficamente en la concepción sobre el fundamento del ser; la validez del Derecho: en la una es lo pre-existente y la “naturaleza del hombre” siempre igual, en la otra es la cambiante “voluntad del legislador” no ligada a un orden natural existente. Vistas metodológico-teórico-jurídicamente se igualan ambas, sin embargo, en la comprensión del proceso de creación del Derecho según la doctrina del Derecho natural (racionalista), se pueden deducir de los principios ético-jurídicos absolutos las normas de Derecho positivo y de estas luego las decisiones jurídicas concretas; según el positivismo legal (normativista) se pueden así mismo inferir de las leyes con la ayuda de

Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 77. Lon Fuller tomando los argumentos de Radbruch –que pensaba que se había movido hacia el jusnaturalismo– apoyaba su tesis de que algunas de las leyes nazis, por ejemplo, aquella relativa a la denuncia de los propios familiares que fueran disidentes políticos eran tan perversas que no se podían considerar como Derecho. Si bien Fuller no tenía una posición sustantiva de naturaleza jusnaturalista se inclinaba por unos principios procedimentales ampliamente relacionados con la regla de Derecho (*rule of law*). En tal sentido el Derecho estaba informado por una “moralidad interna” que se manifestaba en una serie de requerimientos. Ver Nicole Lacey, ob. cit., p. 199.

³⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 78.

las directivas del legislador (materiales legislativos), las decisiones jurídicas concretas de manera puramente deductiva sin recurrir a la experiencia y en ese sentido “por rigurosa lógica”. Naturalmente, siempre es del todo necesario mencionar lo empírico, pero esto no se reflejará ni se refleja. De tal manera se fijará a priori, conforme a ambos modelos de pensamiento, el Derecho positivo concreto algo rígidamente. Esta analogía entre dos enemigos declarados como el Derecho natural y el positivismo puede parecer sorprendente, pero ello tiene sin duda sus motivos internos. Ambos se orientan axiomáticamente, el pensamiento codificador subyace a ambos y sobre todo ambos están en deuda con el sistema filosófico del racionalismo cuyo fin es construir un sistema cerrado de cono- cimientos adecuados y exactos”³⁶.

Si tratamos de profundizar en el análisis de las críticas que Kaufmann realiza en contra del neopositivismo no compartimos con él el señalamiento de que “...tiene básicamente solo un argumento a su favor: ‘Lo insostenible de la doctrina del Derecho natural’”.³⁷ Un naturalista jurídico como Leiter nos aporta una descripción relacionada con el fondo de las críticas al positivismo incluyendo sus versiones contemporáneas:

“Finnis condena al positivismo por no contestar a una pregunta que nunca se ha planteado, es decir, la pregunta acerca de la autoridad para la conciencia (esto es: el juicio racional último) de un

³⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 79 y 80. El tema del “a priori” por Kaufmann es tratado con profundidad por Reinach pretendiendo diferenciar al Derecho “a priori” del natural y del positivo. Dicho esfuerzo merece una particular consideración para –al menos– despejar algunos de los equívocos como el planteado por Kaufmann. Ver Adolf Reinach, ob. cit., pp. 134 y ss. Cuando Kaufmann se refiere en el texto que citamos “al racionalismo” común para lo que él llama posiciones de dos enemigos encontrados me viene a la mente un señalamiento de Kathrin Glüer acerca de Donald Davidson: “Como Davidson luego señala, la diferencia relevante no es que el intérprete radical emplea normas mientras el físico no las emplea. En la medida que esos principios constitutivos pueden ser llamados normas, los dos emplean normas, o mejor dicho estándares. El punto es que esos estándares son muy diferentes: “Cuando tratamos de entender el mundo como físicos, nosotros empleamos nuestras propias normas, pero no queremos descubrir la racionalidad de ese fenómeno... Como intérpretes, sin embargo, sí lo hacemos”. De acuerdo con el texto anterior “la racionalidad” independientemente de cómo la entienda el jurista o el científico tiene un rol a jugar el cual es independiente de la relación entre el iusnaturalismo y el positivismo. Ver Kathrin Glüer, *Donald Davidson. A Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2011. pp. 253 y 254.

³⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 80.

funcionario o de un ciudadano particular, de estas prescripciones (jurídicamente válidas) dictadas e impuestas y acerca de su “falta de autoridad cuando son radicalmente injustas”. Los positivistas pueden, obviamente contestar –y de hecho han contestado– a estas preguntas, pero no en virtud de su particular teoría positivista del Derecho, sino más bien en virtud de sus teorías de la legitimidad y de la autoridad justificada. Las objeciones de Finnis parecen reflejar, en el fondo, un malentendido acerca de lo que John Gardner ha llamado felizmente la “inercia normativa global” del positivismo jurídico: “Cuando un filósofo del Derecho afirma una proposición que no apoya ni critica lo que hacen los juristas, sino que se limita a identificar algunos rasgos necesarios de lo que hacen, los juristas y los docentes se sienten a menudo frustrados”. Sin embargo, como dice Gardner, el positivismo se limita a formular un rasgo que todo estándar jurídico necesariamente tiene, esto es, que si es jurídicamente válida lo es en virtud de sus fuentes no de sus méritos”³⁸.

Igualmente, Kaufmann se ocupa de la teoría jurídica funcionalista. Ya habíamos hecho algunos comentarios acerca de ella. El autor que comentamos señala que el funcionalismo se ocupa más de que el Derecho contribuya a reducir la complejidad de una sociedad de por sí compleja, que del Derecho justo. (Ya eso había sido señalado por Habermas). En Kaufmann hay un intento por resaltar la no necesidad de lo que él llama lo “*indisponible*” en el Derecho. Cuando se refiere a tal característica lo expresa así:

“...lo “indisponible” no puede residir en una petrificada naturaleza ontológico- substancial entendida como algo rígido, cosificado; no tiene que ser tampoco algo “preexistente” como el logos, el jus divinum o la naturaleza humana racionalista en el sentido del antiguo Derecho natural”³⁹.

Es interesante –a veces no del todo claro– como Kaufmann utiliza la lógica de Peirce para introducir dentro del Derecho lo que hoy en día se conoce como lógica difusa o borrosa. Él la llama *fuzzy logic*.

³⁸ Brian Leiter, ob. cit., p. 221.

³⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 82.

Ciertamente que las aplicaciones al Derecho ofrecen –como señala el autor que comentamos– enormes perspectivas de análisis en aquellas situaciones en las cuales ciertos modelos como los de Russell, Whitehead y Peano pueden tener –a pesar de su valor indiscutible– algunas limitaciones. Probablemente Kaufmann exageró la importancia del método lógico de Peirce, sabemos que para algunos filósofos Peirce “no incorporó sus resultados dentro de un sistema riguroso”. El método de Peirce parte esencialmente de muestreos. Cualquier consideración, sin embargo, de una inferencia no deductiva debe relacionarse en él con la teoría matemática de las probabilidades. Kenny explica la idea de Peirce de la siguiente forma:

“Los científicos elaboran hipótesis, hacen predicciones sobre la base de esas hipótesis, y luego hacen observaciones con miras a confirmar o refutar sus hipótesis. Esos tres niveles de investigación son llamados por Peirce abducción, deducción e inducción. En la fase abductiva de la investigación el investigador selecciona una teoría a ser considerada. En la fase deductiva formula un método para probarla. En la fase inductiva él evalúa los resultados de la prueba”⁴⁰.

En relación con la lógica difusa o lógica borrosa podemos señalar que la misma toma lo relativo de lo observado como posición diferencial. Su análisis parte de dos valores aleatorios, pero contextualizados y referidos entre sí. En líneas generales la lógica difusa es requerida cuando lo complejo del proceso en análisis es alto y no existen modelos matemáticos precisos para este tipo de proceso altamente no lineal y que envuelve definiciones y conocimiento no definido de forma precisa⁴¹. En el desarrollo de su análisis Kaufmann propone líneas de pensamiento que de alguna manera se relacionan con el futuro del Derecho y

⁴⁰ Anthony Kenny, *Western Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 2012. p. 837.

⁴¹ La *Stanford Encyclopedia of Philosophy* señala: “Fuzzy logic is intended to model logical reasoning with vague or imprecise statements like ‘Peter is young (rich, tall, hungry, etc.)’. It refers to a family of many-valued logic ... and thus stipulates that the truth value (which, in this case amounts to a degree of truth) of a logically compound proposition, like ‘Charles is Tall and Chris is rich’ is determined by the truth value of its components. In other words, like in classical logic, one imposes truth-functionalit”. Ver *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/entries/logic>.

la consideración que del mismo realiza la filosofía jurídica. No es sólo lo relativo a la lógica de Peirce o la *fuzzy logic* sino también la relación de esta última con la informática jurídica. Así señala Kaufmann:

“En los últimos tiempos se desarrolla una lógica, sobre todo en el campo de la informática jurídica, que característicamente se denomina fuzzy logic, una lógica con perfiles difusos, no claramente determinados, mediante los cuales se requiere enseñorearse de los conceptos jurídicos indeterminados, quizás incluso de la analogía. En verdad esto tampoco es tan nuevo: ya Gustav Radbruch había trabajado para que en el Derecho, junto con las clases de conceptos de todo o nada admitidos, entraran numerosos conceptos que permiten un compromiso entre los más y los menos, de lo que sigue que muchas veces no solo hay una y única solución correcta, sino muchas “correctas”, esto es, soluciones “defendibles” plausibles susceptibles de consenso. Luego se tiene que estar ansioso de cómo una lógica semejante (que en el sentido tradicional no es ninguna lógica) quiere hacer justicia computarizada (y ciertamente no sólo en casos banales sino en hard cases). Empero, hemos ido demasiado lejos”⁴².

Lo que sí reviste un alto grado de importancia es el desarrollo de la inteligencia artificial y su aplicación en el Derecho. Ya hace más de treinta años Anne Gardner señalaba:

“Todo trabajo en razonamiento legal es importante para el Derecho, así como para la inteligencia artificial. Tres niveles pueden ser señalados. El primero es el nivel de la filosofía legal. Una aproximación computacional aquí, al igual que en otros campos, debe llevar a la reformulación de las viejas cuestiones y a la apertura de nuevas. Dicho desarrollo puede ser útil porque la descripción corriente de algunos temas importantes –como los casos claros, el razonamiento con ejemplos y el razonamiento de acuerdo con el propósito de la norma– son demasiado imprecisos para ser considerados satisfactorios. El segundo nivel es el desarrollo y criticismo del Derecho sustantivo. Crear un conocimiento legal básico

⁴² Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 82 y 83.

para un programa de inteligencia artificial requiere la sistematización de los materiales legales; igualmente la actividad tradicional de escribir tratados legales (restatements). Pero en el curso de tratar de escribir reglas y ejemplos que hagan sentido desde el punto de vista computacional, uno debe descubrir las dificultades que el tratamiento del lenguaje natural deja ocultas. Algunas reglas pueden ser formuladas de una manera diferente si un programa de inteligencia artificial las ha probado en un conjunto almacenado de problemas, lo cual no está limitado a los problemas que el redactor de las mismas tiene en mente. Finalmente, tenemos el problema de las aplicaciones prácticas para los sistemas de inteligencia artificial en el trabajo diario del Derecho. Se ha hecho amplias predicciones acerca de que los programas de razonamiento legal van a revolucionar la práctica del Derecho (Grossman and Salomon, 1983). Pero predicciones similares se hicieron veinte años atrás”⁴³.

Lo cierto es que independientemente del carrusel de dilemas que va a generar la aplicación de sistemas robóticos que ordenan cada vez más amplias áreas de nuestras organizaciones sociales pareciera que el Derecho no va a poder evadirse de lo que se ha dado por llamar la dictadura del algoritmo. No se trata —como es tradicional en el Derecho— de cómo regular un tema nuevo. Más bien el pensamiento debe ir encaminado a cómo lo vamos a usar. En pocas palabras debemos asimilar el hecho de que el conocimiento jurídico puede ser modelado con la idea de crear programas informáticos (la palabra puede ser limitada) que puedan simular procesos cognitivos.

Continuando con el desarrollo de las tendencias en la filosofía jurídica, el autor que comentamos se refiere a los impulsos esenciales para la renovación de la filosofía del Derecho que representa Edmund Husserl (menciona también a Edith Stein). No obstante, creo que no profundizó —al menos en la obra que comentamos— en el esfuerzo de Gerhart Husserl y especialmente Adolf Reinach. Este último ha despertado un importante interés en los últimos años muy especialmente con su teoría acerca de los fundamentos a priori del Derecho civil en la cual

⁴³ Anne Van der Lieth Gardner, *An Artificial Intelligence. Approach to Legal Reasoning*, The Mit Press, Cambridge, 1987. p. 191.

explica su concepto de los actos sociales que luego sería desarrollada con gran detalle por John R. Searle. El comentario de Kaufmann sobre los fenomenólogos recién mencionados es: *“Los esfuerzos de G. Husserl y Adolf Reinach por elaborar a priori elementos del Derecho que el legislador tiene que admitir si quiere lograr una regulación justa, no fueron coronados con el éxito (doctrina apriorística del Derecho)”*⁴⁴. Igualmente Kaufmann menciona a Scheler, pero no se refiere a su teoría de los valores. Según Hartmann (citado por Kunz):

*“Scheler adoptó una actitud contraria al relativismo axiológico de Nietzsche y al formalismo de Kant; pero tomó de Nietzsche la variedad y riqueza de contenidos del reino de los valores; así como tomó de Kant el apriorismo de la conciencia. Hartmann sostiene que Scheler abrió nuevos horizontes para toda la filosofía con sus descubrimientos de la “emoción valorativa” y de la intuición de los valores, así como del a priori material de los valores”*⁴⁵.

Luego de mencionar distintas tendencias que van desde Julius Binder pasando por Hart, Ross y Kelsen, entre otros, hasta George H. Von Wright pareciera que el autor *in comento* se detiene en la teoría de la argumentación como una manera de manejar al Derecho en una sociedad abierta. Así nos señala que: *“El lema es argumentar en un sistema abierto. Ese tema lo han inscrito en su bandera tanto la teoría de la argumentación como la hermenéutica. Mediante la apertura del sistema ellos han dejado atrás, esencialmente, tanto el Derecho natural como el positivismo jurídico”*⁴⁶.

Es de señalar que al final de sus comentarios de tendencias contemporáneas de la filosofía del Derecho Kaufmann hace referencia a la reverencia que Ronald Dworkin manifiesta por Gadamer en su conocida obra *Law’s Empire*. Si bien es cierto que no nos cuesta admitir la simpatía por la hermenéutica de Dworkin su concepto del *“Derecho*

⁴⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 83 y 84. En realidad Kaufmann no señala claramente que para Reinach el Derecho positivo no tiene por qué seguir al natural. Estamos hablando de formas distintas de ser el Derecho.

⁴⁵ Ver Josef L. Kunz, *La filosofía del Derecho, Latinoamericana en el Siglo XX*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1951. p. 118.

⁴⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 85 y 87.

como integridad” no parece excluir totalmente a la moral del Derecho como ha mantenido Brian Leiter. Puede ser útil el resumen propuesto por Carla Farrali para sintetizar la tesis dworkiniana:

“Persuadido, tal y como él mismo reconoce, de que toda teoría del Derecho competente debe ser ella misma un ejercicio de teoría moral y política normativa”, este punto de vista le orienta “a asumir la idea de que la interpretación posee mayor relevancia para la teoría jurídica de la que se había atribuido hasta entonces.

En efecto con el tiempo, el momento interpretativo terminaría por convertirse en el motivo dominante de la construcción de Dworkin quien en Law’s Empire construye una teoría del Derecho como interpretación y como integridad, en el sentido de que el Derecho se concibe a la manera de una actividad compleja de interpretación, que no por ello se abandona en manos del arbitrio o de la discrecionalidad del más fuerte”⁴⁷.

⁴⁷ Carla Farrali, *La filosofía del Derecho contemporánea. Temas y desafíos*, Madrid, 2007. pp. 30 y 31. El tema de si debemos ir más allá o no en la interpretación de Dworkin y Gadamer ha sido ampliamente estudiado. Dworkin señala que el primer punto crucial de Gadamer es que la interpretación debe aplicar una intención. De tal manera que interpretar un trabajo literario significa recapitular las intenciones del autor (recordemos, como señalan los comentaristas de la relación Dworkin-Gadamer, que muchos de los análisis de interpretación se producen en los campos de la literatura y del arte). La utilización de la obra de Gadamer *Truth and Method* da pie a pensar que Dworkin asume en gran medida la teoría de la interpretación de Gadamer y que la misma es aplicada al Derecho sin mencionarlo expresamente. De alguna manera en su análisis se hace evidente (aunque lo haga en notas a su capítulo dos del *Imperio de la justicia* que lleva por título “Conceptos interpretativos) su intención de comparar la posición interpretativa de Gadamer con Dilthey y Habermas. Hubiera sido de gran valor hacerlo con algunos filósofos norteamericanos como Donald Davidson el cual declaró estar en el “vecindario intelectual de Gadamer”. En todo caso, Dworkin en la obra ya señalada, reconoce expresamente que “no niego aquello que es obvio que los intérpretes piensan dentro de una tradición interpretativa de la que no pueden escapar por completo. La titulación interpretativa no es un principio de Arquímedes, tampoco es lo sugerido en la idea de que el objeto de la interpretación es hacer parecer de la mejor manera posible aquello que se interpreta. Una vez más apelo a Gadamer cuya descripción de la interpretación que reconoce a pesar de luchar contra las restricciones de la historia, da en la nota exacta”. No cabe la menor duda que la relación Dworkin-Gadamer ha generado en los comentaristas de la misma (especialmente en los filósofos jurídicos) la pregunta acerca de cuál es el alcance de su concepto de interpretación. Es decir, de la intención del autor (el legislador, por ejemplo). Si fuéramos más allá como evitar caer en un relativismo. En otras palabras, diríamos lo que pensamos que dijo, por ejemplo, el legislador. Siempre podríamos recurrir a lo señalado por Habermas citado por Dworkin: “la interpretación supone que el autor podría aprender del intérprete”. Ver Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2005,

2.2. Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico (La “Tercera vía”)

Es incuestionable el esfuerzo de Kaufmann por relacionar lo que él llama la tercera vía con Radbruch. Es más, pretende mostrar cómo su profesor no renunció totalmente al positivismo en pos de un jusnaturalismo que protegiera al Derecho de los excesos de injusticia del régimen legal nacionalsocialista. En esa línea toca un punto central – incluso remontándose a la época posterior a Hegel– que es el relativo a una filosofía material del Derecho. Como veremos más adelante la evolución argumentativa de Radbruch pareciera mostrar que su preocupación fundamental para considerar –al menos parte del positivismo– se refiere al tema de la “*seguridad jurídica*”. En función de lo señalado reproduzcamos el siguiente texto de Kaufmann:

“Con su filosofía del Derecho Radbruch ha realizado un “cambio de paradigma”, para decirlo en la jerga que predomina hoy. O sea, alejamiento de la filosofía del Derecho formal, seguida casi sin excepción después de Hegel, denominada la mayor parte de las veces “teoría general del Derecho”, que trata de contenidos y no sólo de formas y estructuras. Por supuesto, fue Radbruch también kantiano como Kelsen, al considerar que los enunciados a priori, unívocos, obligatorios sólo son posibles de las formas y no de los contenidos. Pero mientras Kelsen se limita por este motivo a lo formal, Radbruch filosofa, sin embargo, sobre contenidos, especialmente sobre valores. Para esto tuvo que pagar un precio por su posición kantiana, un elevado precio: el relativismo teórico valorativo (ius-filosófico)”⁴⁸.

pp. 51, 55 y 292 (nota 2). Ver Robert Dortal, “In Gadamer’s Neighborhood” en *Dialogues with Davidson. Acting, Interpreting, Understanding*, Edited by Jeff Malpas, The Mit Press, Cambridge, 2011. pp. 167 y ss.

⁴⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 94. El tema de que los enunciados a priori solo son posibles de la forma y no de los contenidos está presente en Kant. Por su parte Lask (que tuvo influencia sobre Radbruch) elaboró toda una muy bien fundamentada explicación acerca del Derecho natural formal y del material. La siguiente explicación ilustra su posición acerca del Derecho natural y su contenido: “Existe, pues, plena claridad sobre el hecho de que solo se trata de un proyecto de legislación ideal, de un conjunto de simples postulados, preceptos de la razón dignos de codificación; pero los cuales, por sí mismos, no son, aun Derecho válido, sino más bien que recién pueden adquirir la calidad jurídico formal, mediante su expresa introducción

No podemos dejar de señalar que a pesar de las críticas que Radbruch pudiera hacer al positivismo siempre está presente en él la preocupación por la seguridad jurídica. No es de paso que cuando habla de las antinomias del Derecho en su filosofía se refiera al fino equilibrio que debe existir entre la justicia, la adecuación del Derecho a un fin y la seguridad jurídica. Radbruch no puede negar las agudas contradicciones existentes entre esos tres elementos de la idea del Derecho. Lo racional emerge en Radbruch para tratar de entender que la razón y las contradicciones pueden vivir juntas. Para Radbruch “Un sistema filosófico debe semejarse a una catedral gótica, en donde las masas se sostienen al pugnar unas con otras”⁴⁹.

Kaufmann está claro en las oscilaciones del maestro entre el Derecho positivo y la idea de la justicia. Kaufmann captura esa posición de su maestro en los siguientes términos:

por medio de la legislación positiva. Por tanto, aquí existirá un Derecho natural exclusivamente material, mientras que, a la inversa, el Derecho natural en el sentido formal debería, como yo creo, incluir siempre el momento material”. Ver Emil Lask, ob. cit., p. 28. Mariano Crespo en su introducción a la obra de Reinach acerca de *Los fundamentos a priori del Derecho civil* cita un comentario de Hurserl, escrito con motivo del fallecimiento de su alumno, en el que parece adelantar la tesis de que la única forma de preservar la universalidad de las leyes del Derecho a priori sería sostener que estas tienen un carácter meramente formal, no material. Ver Mariano Crespo, “Estudio preliminar” en Adolf Reinach, *Los fundamentos a priori del Derecho civil*, ob. cit., p. 4. Joaquín Almuera en su introducción a la *Filosofía del Derecho* de Radbruch señala: “...a pesar de las reiteradas manifestaciones acerca de una superación del positivismo, Radbruch termina recurriendo a elementos jurídico-formales, propios de ciertas versiones del positivismo jurídico, con el objeto de evitar la tentación de sustituir, por ejemplo, la independencia judicial (cuyo fundamento es la sumisión a la ley y al Derecho), por la defensa de los intereses ideológicos”. Ver Joaquín Almuera Carreres, “Introducción” en Gustav Radbruch, ob. cit., p. 24. En realidad, de acuerdo con la cita anterior, pudiéramos, siguiendo a Lask, pensar que en Radbruch hay una materialización del Derecho lo cual es la única vía para darle entrada a los valores a pesar del elevado precio, como señala Kaufmann, que hay que pagar por el relativismo teórico valorativo cuya aceptación para Radbruch constituye casi un acto de fe. Tal como señala Joaquín Almuera: “... dado que no es posible el conocimiento de los valores ni, en el mismo sentido, de las tomas de posición, tampoco es posible establecer la corrección o no de las diversas concepciones, al menos desde el punto de vista de su verdad, con lo que, por principio, todas ellas son válidas”. Ver Joaquín Almuera Carreres, ob. cit., p. 14. El riesgo del relativismo a favor de todo puede convertirse en posiciones naturalistas como las de Brian Leiter frente a Dworkin en negar la moral ya que no está sujeta a lo único cierto que es la comprobación con un método científico (la combinación de naturalismo y pragmatismo).

⁴⁹ Gustav Radbruch, ob. cit., pp. 49 a 45.

“Ya en 1919 Radbruch había apostrofado el positivismo como “fetiche al servicio del poder” y aun antes en los Grundzüge (Rasgos fundamentales) de 1914 se encuentra la frase: “No es posible concebir ninguna justificación para la validez del Derecho notoriamente injusto”.

De otra parte, Radbruch tampoco se desligó por completo, aun bajo la impresión del Estado injusto del positivismo jurídico. El nunca sacrificó la seguridad jurídica, como una parte esencial de la idea de Derecho, a un vago pensamiento iusnaturalista”⁵⁰.

Kaufmann expone, tomadas en su conjunto, las ideas de Radbruch para mostrar su obra como “una tercera vía” diferenciada del positivismo y del iusnaturalismo. En realidad, en mi opinión, no se trata de no ser ninguna de las dos cosas sino más bien tomar elementos necesarios de las dos posturas filosófico-jurídicas para entender al Derecho como una totalidad. En el fondo no vamos de las posiciones al Derecho sino de este último a las posiciones. De alguna manera un cierto holismo filosófico está presente en esta posición. A fin de ilustrar su explicación acerca de Radbruch, Kaufmann nos acerca a la fructífera relación intelectual existente entre este y Lask la misma sirve de punto de partida para cualquier análisis del pensamiento comentado:

“Para comprender el concepto de Derecho de Radbruch se precisa decir algo sobre la génesis de su filosofía... Su punto de partida filosófico fue el neokantismo de la escuela suroccidental alemana, sobre todo bajo la influencia del principio teórico valorativo de Emil Lask y, de otra parte, el dualismo metodológico de ser y deber ser. Desde aquí diferencia el comportamiento no valorativo de las ciencias naturales, el comportamiento valorativo de la ética, en medio de ellos la posición referencialmente valorativa de las ciencias de la cultura y sobre ellas la actitud valorativamente superadora de la religión. El Derecho, que pertenece a la cultura, está valorativamente referido: es la realidad que tiene el sentido de servir a la justicia. Este concepto de Derecho es notable en dos

⁵⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 94 y 95. El propio Radbruch señala que “la relación entre moral y Derecho se nos muestra así, como una fecunda relación de tensión”. Ver Gustav Radbruch, ob. cit., p. 105.

sentidos. En primer lugar, no es positivista. El concepto positivista de Derecho solo indica que el Derecho es un conjunto de normas de cualquier contenido, promulgadas de manera formalmente correcta... Radbruch, por el contrario, subraya que únicamente tienen calidad de Derecho las normas que se remiten a la justicia, que son orientadas por ella. En segundo lugar, el concepto de Derecho de Radbruch no es iusnaturalista, pues el “Derecho correcto” no es equiparable con el valor absoluto del Derecho, de la justicia (los valores en sí no pertenecen, según la concepción teórico-valorativa de Radbruch, al mundo real sino al ideal)”⁵¹.

Adicionalmente, Kaufmann señala algunos de los aspectos fundamentales del pensamiento de Radbruch que lo relacionan con planteamientos centrales como el de “ley injusta”; teoría de los contenidos de la justicia y su “simpatía” con la teoría objetiva de la justicia. Comentemos los comentarios de Kaufmann sobre estos aspectos del pensamiento de Radbruch:

“En Radbruch solo hay “Derecho correcto” aproximadamente, pero él no aceptó jamás “Derecho reprochable”, ni aun en su período temprano. La doctrina de Radbruch sobre la invalidez de la ley “injusta”, doctrina que causó gran sensación en 1946, es en el fondo solo una consecuencia de su concepto de Derecho concebido mucho antes... únicamente cambia el énfasis: en la primera época radica en la seguridad jurídica, en el período tardío, en la justicia material”⁵².

El cambio señalado por Kaufmann en el pensamiento de Radbruch lo llevó necesariamente a plantearse el tema de los contenidos de la justicia, punto central para darle sentido a la misma y desligada de una concepción meramente ideal. La justicia en la ética aristotélica, por ejemplo, se nos plantea como una virtud. Para Aristóteles la justicia o la injusticia es una disposición del carácter para hacer acciones justas

⁵¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 95 y 96. Sobre la relación hecho-valores ver: Julio Rodríguez Berrizbeitia, *Integración y orientación en la obra filosófica de Dworkin, Putnam y Hart*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 110, Caracas, 2015, pp. 86 y ss.

⁵² Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 96 y 97.

(justicia) o injustas (la injusticia)⁵³. Para Santo Tomás la justicia es una disposición permanente de la voluntad a restituir a cada uno su derecho. Luego siempre se es justo, o injusto, respecto de otro, pero como esta disposición tiene por efecto asegurar que se obra respecto de él con rectitud, tal como lo quiere la razón, esa disposición hace mejor al que la posee, en una palabra, es una virtud⁵⁴. Según Hart hay muy buenas razones para que la justicia ocupe un lugar importante en la crítica que podamos hacer de las estructuras políticas. Del Derecho podemos decir que es justo o injusto. ¿Pero qué quiere decir eso? ¿Cómo medimos el contenido de tal señalamiento? De alguna manera debemos ser capaces de valorar el contenido del Derecho de acuerdo a su conformidad o no con la idea de la justicia. Para Hart si bien la justicia ocupa el lugar de preeminencia ya señalado no obstante “*es importante advertir que solo se trata de un segmento de la moral y que las normas jurídicas y su administración pueden tener o no tener excelencias de tipo diferentes*”⁵⁵. Finnis asume el tema de la justicia señalando que la misma tiene tres elementos. El primero es la “orientación-hacia-otro”: la justicia tiene que ver con las relaciones y tratos de cada uno con otras personas; es intersubjetiva o interpersonal. El segundo elemento es el de deber, lo que es adecuado o debido (*debitum*) a otro; y, como consecuencia, el de aquello a lo que esa otra persona tiene derecho. El tercer elemento en el concepto relevante de justicia puede llamarse igualdad. Pero aun más que en el caso de los otros dos elementos, este debe entenderse en un sentido analógico: es decir, puede estar presente de maneras bastante variadas. Adicionalmente Finnis señala que su teoría “incluye principios para valorar como debe tratar una persona a otra (o qué derecho tiene una persona a ser tratada de una manera determinada), prescindiendo de si otros están o no siendo tratados así; según su concepción, un principio que prohíbe la tortura en todos los casos es un principio de justicia”⁵⁶. Tal como nos indica Kaufmann:

⁵³ Ronald Polansky, *Giving Justice Its Due in The Cambridge Companion to Aristotle's Nicomachean Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 152.

⁵⁴ Etienne Gilson, *El Tomismo. Introducción a la filosofía de Santo Tomás de Aquino*, Eunsa, cuarta edición corregida, Navarra, 2002, p. 391.

⁵⁵ H.L.A. Hart, ob. cit., p. 196.

⁵⁶ John Finnis, *Ley natural y Derechos naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 191 a 194.

“La teoría de la justicia de Radbruch parte de que el principio de igualdad (tratar a lo igual de manera igual y a lo desigual desigualmente) rige sin duda absolutamente, pero solo tiene un carácter formal. Se tiene entonces que llegar a un principio de contenido, la idea de fin”⁵⁷.

El punto anterior es importante. Si no llegamos a qué fin persigue la justicia y cuáles son los medios, no saldremos de ese mundo ideal que el positivismo pretende atribuirle al jusnaturalismo. Creo que Radbruch lo tenía presente cuando señaló en su *Filosofía del Derecho*:

“La justicia en su adecuación al Derecho significa lo reglado, lo recto, y merced a esta determinación en la idea por la materia estamos en situación de deducir de la idea consecuencias con respecto a la materia para que vale”⁵⁸.

Kaufmann pretende aportarnos una explicación interesante con miras a entender su distanciamiento del positivismo jurídico ortodoxo. Lo cierto es que su explicación lo acerca, de algún grado, a la hermenéutica jurídica presente en autores como Ronald Dworkin. La explicación de Kaufmann es la siguiente:

“Radbruch superó, y en verdad desde el puro comienzo el positivismo jurídico ortodoxo en la medida en que se declaró partidario de la teoría objetiva de interpretación. El positivismo jurídico consecuentemente tiene que favorecer “la teoría subjetiva de interpretación”, conforme a la cual el juez (y cualquier otro aplicador del Derecho) tiene que atenerse solo a la voluntad del legislador real, encarnada en la ley (lo que tomado con rigor presupone la ausencia de lagunas de orden jurídico). Por el contrario, para la teoría objetiva no interesa, por lo menos exclusivamente, lo que el legislador histórico haya querido en efecto, sino más bien lo que la ley, o mejor, un legislador pensado hoy tiene que perseguir razonablemente en esa situación concreta hic et nunc”⁵⁹.

⁵⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 97.

⁵⁸ Gustav Radbruch, ob. cit., p. 86.

⁵⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 98.

Aplicando la frase de Habermas mencionada por Dworkin podríamos decir que el intérprete del Derecho de hoy enseña al del pasado. Los anteriores comentarios dan pie a la consideración de la hermenéutica –al menos en Radbruch y Kaufmann– no como un mero método sino más bien como una filosofía trascendental. Esa fue la idea central del pensamiento de Schleiermacher, Dilthey, Gadamer y Ricoeur entre otros. Para el primero de los mencionados la hermenéutica es “*la doctrina del arte de comprender*”⁶⁰. De cualquier manera, para Kaufmann, la hermenéutica tiene sus límites:

*“Pero no se debe malinterpretar en ningún caso la universalidad de la hermenéutica como algo absoluto. La hermenéutica es una de muchas posibilidades de relacionarse con el mundo y con el Derecho, y por eso ella no se puede cerrar frente a otras teorías, por ejemplo, la teoría analítica o la teoría de la argumentación. Ella remite sin rodeos a la necesidad de tales teorías”*⁶¹.

El texto anterior parece establecer una particular relación entre hermenéutica jurídica, argumentación y teoría analítica a la cual nos referiremos más adelante. Pero, de cualquier manera, con la hermenéutica nos encontramos frente a un tema de comprensión de significado que estaba presente en el concepto del Derecho de Dworkin cuando trataba de usar la literatura y el arte para explicar la interpretación que también se produce en el Derecho. En tal sentido señala Kaufmann:

“La comprensión del significado no es un proceso meramente receptivo puesto que es siempre también y ante todo una autocomprensión del sujeto cognoscente (el juez que opina que él infiere la decisión “solo de la ley” y no también de su persona, en determinada forma caracterizada, sufre un extravío y en verdad funesto, pues permanece, inconscientemente, dependiendo de sí mismo). Solo cuando el comprendedor se aproxima al texto con una “pre-comprensión” (Josef Esser) o “pre-juicio” (Hans George Gadamer) (“este podría ser un caso de culpa in contrahendo”) estará en condiciones de abordarlo; solo cuando el –con toda la tradición que

⁶⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 98 y 99.

⁶¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 99.

porta— entra en el horizonte de la comprensión puede fundamentar argumentativamente lo que ya había anticipado como resultado “provisional” (círculo hermenéutico” o “espiritual”). La hermenéutica no es teoría de la argumentación, pero ella exige esta”⁶².

Ya las líneas anteriores de Kaufmann nos introducen en la relación existente entre la teoría hermenéutica y la de la argumentación jurídica. En tal sentido señala:

“...debería pensarse que la hermenéutica y la teoría de la argumentación están estrechamente hermanadas. Sin embargo, este no es el caso. La teoría de la argumentación proviene especialmente de la analítica, principal enemiga (hasta ahora) de la hermenéutica, y ese origen es también hoy todavía comprobable en casi todos los teóricos de la argumentación”⁶³.

Para Kaufmann, citando a varios autores, la existencia misma de la teoría de la argumentación jurídica es cuestionable. Señala que es dudoso que la tópica y la retórica puedan considerarse como variedades de la teoría de la argumentación. Considera que la teoría de Savigny según la cual hay solo un número cerrado de cuatro elementos (gramatical,

⁶² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 101.

⁶³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 101. Lo señalado por Kaufmann acerca de la relación argumentación y la filosofía analítica es confirmado por los comentaristas de la filosofía jurídica. Por ejemplo, Rodolfo Luis Vigo señala: “El punto de partida de la teoría de la argumentación jurídica es que en la fundamentación jurídica de lo que se trata siempre es de cuestiones prácticas, es decir, de lo que está ordenado, prohibido y permitido. Tal teoría “alexiana” de la argumentación jurídica resulta ser “analítica”, dado que se ocupa de “la estructura lógica de los argumentos realmente efectuados o posibles”, y “normativa” en función de procurar “criterios para la racionalidad del discurso jurídico”. En el texto anterior el profesor Vigo se refiere a la “Teoría de la argumentación jurídica” de Robert Alexy. Ver Rodolfo Luis Vigo, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 313. Ver Julio Rodríguez Berrizbeitia, *Caminos de la filosofía jurídica actual*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 97, Caracas, 2011, pp. 153 y ss. Por ejemplo, la interesante teoría de Stephen Toulmin, citado por Alexy, señala que, así como la jurisprudencia describe las reglas según las cuales se puede, por ejemplo, hacer valer judicialmente pretensiones, la lógica determina las reglas según las cuales se fundamentan y rebaten aserciones. Según Toulman, la lógica y la jurisprudencia se parecen tanto que el enuncia la tesis de que la lógica es jurisprudencia generalizada: “Logic (we may say) is generalized jurisprudence”. Ver Robert Alexy, *Teoría de la argumentación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 95.

lógico, histórico y sistemático) o modos de interpretación es errado. Para él, el número de posibles argumentos es ilimitado. En opinión de Kaufmann la hermenéutica comparte con la argumentación jurídica que ambas son un sistema abierto o ningún sistema y en su lugar un “*pensamiento problemático*”. Adicionalmente no tienen ningún catálogo cerrado de cánones de interpretación.

Desde otro punto de vista, la hermenéutica y la teoría de la argumentación se diferencian para Kaufmann, en que la segunda considera a la primera irracional, ya que pretende tratar lo irracional de la forma más racional posible. Ello no es posible dentro de un pensamiento que puede regirse por la lógica más estricta. Adicionalmente, la hermenéutica es antiontológica, es decir, se reduce irreflexivamente a lo “*ontológico substancial*”. No comparte la teoría de la argumentación la supresión hermenéutica del esquema sujeto-objeto, sino que insiste en la objetividad. En la argumentación el relativismo no puede ser un problema a considerar. Kaufmann toma lo dicho por Ulfrid Neumann para ilustrar lo anteriormente señalado:

“Ciertamente consenso e intersubjetividad, argumentación y reflexión no son un dominio del pensamiento hermenéutico. Pero la hermenéutica jurídica posibilita ese momento de intermediación con el texto, a diferencia de la teoría analítica del Derecho. Mientras la teoría analítica tiene que separar radicalmente el significado del texto y la comprensión intersubjetiva, porque el significado del texto solo puede determinarse conforme a reglas semánticas generales, el pensamiento hermenéutico posibilita una inclusión del texto en el proceso de constitución intersubjetiva de una “decisión” correcta”⁶⁴.

⁶⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 101 a 105. Kaufmann utiliza las diferencias ya clásicas, en la filosofía angloamericana, entre Dworkin y Hart para señalar: “Cuando un caso difícil (*hard case*) no es inequívocamente cubierto por una regla jurídica, decide el juez según su apreciación. En el campo de libre apreciación su decisión es siempre correcta. En este punto, en el que termina Hart, comienza Dworkin, para quien la pura analítica no basta. Él pregunta cómo un juez llega en casos difíciles en los que existen diferentes concepciones jurídicas, a pesar de todo, a una determinada sentencia. En su opinión, esto es un problema de interpretación. Ver Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 107.

SEGUNDA PARTE

ALGUNAS REFLEXIONES DE KAUFMANN SOBRE LA PRÁCTICA DE LA TEORÍA CIENTÍFICA DEL DERECHO Y SOBRE EL ANÁLISIS RACIONAL DEL PROCESO DE CREACIÓN DEL DERECHO

2.1. Reflexiones sobre la práctica de la teoría científica del Derecho

Kaufmann se pregunta acerca de si la sentencia judicial es una copia exacta de la ley. La cuestión le da pie para criticar –como lo hacen algunos seguidores de la teoría de la argumentación– la idea de la subsunción (la aplicación del Derecho es una conclusión puramente deductiva de la ley). Sus señalamientos se refieren al tema en los siguientes términos:

“Saber si la ciencia del Derecho es realmente una ciencia no solo depende, pero desde luego muy esencialmente, de que el método jurídico llene los requerimientos científicos. Bajo el dominio de la teoría de la ciencia y del Derecho positivista en el siglo XIX y hasta bien entrado el siglo XX, incluso hasta hoy, esa pregunta se ha contestado predominantemente por la afirmativa. Aplicación del Derecho sería la subsunción del caso bajo la ley, y esta subsunción no sería nada distinto a la más sencilla y más segura inferencia, es decir, un silogismo según el modus barbara... Pero las realidades no pueden desaparecer con teorías. La aplicación del Derecho no es solo, ni lo es en primera línea, una conclusión silogística, lo cual ya no es ningún secreto.

Aquellos que todavía hoy sostienen el dogma de la subsunción se asemejan a los fundadores en nuestros días: ellos lo hacen en verdad, pero no encuentran en esto el mismo placer de antes”⁶⁵.

⁶⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 113. Pierce señalaba que “In deduction the mind is under the dominion of a habit or association by virtue of which a general idea suggests in each case a corresponding reaction”. Ver Anthony Kenny, ob. cit., p. 873. Para Pierce “el objeto del raciocinio es averiguar algo que desconocemos, partiendo de la consideración de lo que ya sabemos. En consecuencia, el raciocinio será válido si es de tal condición que proporcione una conclusión verdadera de premisas verdaderas; de lo contrario no. Así pues, la cuestión de la validez es exclusivamente de hecho, no de pensamiento. Si “A” son las premisas y “B” la conclusión, toda la cuestión depende de que estos hechos estén relacionados de tal

Kaufmann utiliza el ejemplo de la Sentencia del Tribunal Federal de Justicia alemán en el caso de la huelga (bloqueo), pasiva para referirse al dogma de la subsunción. No deja de advertirnos que en su análisis no interesa el problema acerca de la corrección o falsedad de esa sentencia en el aspecto jurídico-material. Todo lo que se pretende dilucidar es la utilización o no de un método científico por parte del Tribunal Federal. Sin pretender caer en detalles –muchos de ellos relacionados con situaciones históricas de la postguerra– vamos a referirnos a lo esencial de su preocupación la cual no deja de tener validez en todo momento. A fin de cuentas, la clave para entender todo se refiere a la posibilidad de los jueces de prescindir de todo tipo de valoración para actuar con puros criterios objetivos lo cual es casi imposible para lograr que el caso sea subsumido “por entero *lege artis*” bajo la ley. Es como si empezáramos a pensar que es la ley la que condena y no los jueces. Probablemente el tema pueda resolverse cuando contemos con modelos de inteligencia artificial que permitan tomar los prejuicios o la pre-comprensión de los jueces y limitarlos a la hora de aplicación de la ley. Como lo anterior no resulta tan claro hoy limitémonos a lo señalado por Kaufmann lo cual insisto, tiene total vigencia en un mundo como el actual, particularmente en nuestro país. Así señala:

manera que si “A” es, “B” sea también. De ser así, la deducción es válida; de lo contrario no”. Ver Charles S. Peirce en *Filosofía norteamericana en el siglo veinte*, Paul Kurtz, *Textos escogidos desde el pragmatismo hasta el análisis filosófico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1972, p. 57. Manuel Atienza ha señalado con respecto a la “inferencia deductiva”: “La circunstancia de que a el razonamiento jurídico –y el razonamiento que se efectúa en la vida ordinaria– no obedezca del todo a la noción de inferencia lógica –de inferencia deductiva– ha llevado a crear lógicas en que la relación de inferencia resulta debilitada. A estos sistemas de lógica se les denomina lógicas no monotónicas, pues la monotonicidad es una propiedad de la inferencia deductiva que no parece darse en las inferencias que se efectúan en el razonamiento ordinario. Con ello quiere decirse lo siguiente: la lógica deductiva es monotónica, porque si de las premisas $p - q$ y p se infiere q , entonces esta misma conclusión se sigue infringiendo por mucho que añadamos nuevas premisas (por ejemplo, aunque tuviéramos también r , $- p$, etc.). Sin embargo, en el razonamiento ordinario (que, como se ha dicho es normalmente entimemático, es decir, en él no aparecen explicitadas todas las premisas utilizadas), la conclusión puede cambiar cuando se añaden informaciones adicionales; no se da, por lo tanto, la propiedad de monotonicidad”. Ver Manuel Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, p. 22, cita 11 a pie de página.

“Quien conoce el trasfondo de esa jurisprudencia no puede dudar que para los jueces fue muy desagradable tener que condenar por extorsión (coacción o violencia) a dos mujeres, ambas notables personalidades de la vida pública, esto es, sindicadas de una conducta “reprochable”. Por eso escriben en la sentencia, apenas veladamente, que ellos no se habían propuesto formular valoraciones, que más que nada a las dos encausadas las había condenado la letra de la ley. ¿Qué dijo Montesquieu sobre los jueces? Un “instrumento carente de voluntad” los llamó, cuya sentencia no es nada distinto a “una copia exacta de la ley”. Yo no planteo en absoluto la cuestión de si los jueces estaban convencidos de fallar correctamente, ni en manera alguna afirmo que en el resultado hubieran sentenciado falsamente. Critico solo el método con el que han fundamentado la sentencia.

El análisis de la sentencia da por resultado: al contrario de lo que se dice en el texto de la decisión, que los jueces tuvieron en el asunto un prejuicio o una pre-comprensión. Que lo hubieran tenido no es un motivo para reprocharlos, pues toda comprensión comienza con una pre-comprensión; solo que eso tiene que evidenciarse, reflejarse, introducirse en la argumentación y, en caso dado, estar dispuestos a corregirlo. Fue lo que no hicieron los jueces”⁶⁶.

Los comentarios anteriores de Kaufmann nos llaman a reflexión acerca de cómo se ha juzgado en los últimos tiempos en nuestro país la obstrucción de vías por marchas legítimas en contra del gobierno. Lo anterior se agrava por la decisión de jueces con miras cortas con respecto a lo que van a ser sus carreras judiciales y con temores producto de poder tomar decisiones contrarias a lo establecido por quienes detentan el poder y fijan las pautas a seguir, independientemente de la separación de poderes indispensable en un estado de Derecho. Refiriéndose al caso que analiza –en una situación judicial muy distinta a la que vivimos en Venezuela y en un caso penal– señala Kaufmann:

“...el Tribunal no escribe la mayor parte de sus verdaderos motivos en la sentencia. Esto es, en cierta medida, también inevitable. El juez no puede reflejar cada posición y dar razón para ella. Pero

⁶⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 115 a 119.

en una causa penal que excita los ánimos de muchísimas personas honestas, como es el caso de los bloqueos pasivos, debería ya el Tribunal haber ofrecido algo más que una sentencia. Por lo demás, hay que pensar también que para la ciencia y la investigación los motivos ocultos de la sentencia son un fastidio. Es difícil analizar tales sentencias”⁶⁷.

De cualquier manera, Kaufmann no renuncia totalmente al método deductivo como hicieron autores como Ernst Fuchs. Para Kaufmann:

“El pensamiento puramente deductivo (se indicará igualmente que tampoco se avanza con pura inducción) rige todavía hoy (es tenido también como científico; incluso, según Popper la única fórmula final admitida en la ciencia). Por cierto, se ajusta exactamente a eso una aceptada frase de Fritz Brecher: “Justamente en argumentaciones pedantemente minuciosas, pensadas con una medida extrema de agudeza y precisión, tenemos frecuentemente la impresión de que algo no está bien”. Y aun cuando una sentencia judicial, en general un conocimiento jurídico, no tiene que ser “verdadero” como un juicio sobre hechos (“a” es rojo), sí tiene que concordar”⁶⁸.

Por las líneas anteriores podemos pensar que Kaufmann no está dispuesto a renunciar al pensamiento deductivo. Puede que una de las razones por la cita que nos aporta es que la argumentación no puede prescindir, del todo, de la lógica. Para Manuel Atienza *“la argumentación jurídica va más allá de la lógica jurídica..., los argumentos jurídicos se pueden estudiar también desde una perspectiva no formal, que a veces se denomina lógica material o lógica informal, y otras veces tópica, retórica, dialéctica, etc”⁶⁹*. La preocupación de Kaufmann con respecto a la analogía y a los distintos tipos de interpretación (extensiva, objetiva, teleológica y sobre el sentido literal) va dirigida a responder

⁶⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 119.

⁶⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 120.

⁶⁹ Manuel Atienza, ob. cit., p. 26. Para el mismo Atienza un motivo obvio de insatisfacción con el argumento deductivo deriva de que la lógica deductiva solo nos suministra criterios de corrección formales, pero se desentiende respecto de las cuestiones materiales o de contenido que son relevantes cuando se argumenta en ambientes no formales. Ver Manuel Atienza, ob. cit., p. 13.

a la pregunta de si existe un método jurídico racional. El tema de si el Derecho es o no una ciencia parece estar hoy –en nuestra opinión– profundamente relativizado por la concepción de Quine acerca de una ciencia común y el desarrollo que Leiter ha planteado con respecto al naturalismo jurídico. No sé si las dudas anteriores han llevado a Kaufmann a hablar de las “*aporías en la práctica jurídica metodológica*”. Es como si faltara a plenitud lo que Peirce llamaba el segundo estudio de la investigación: el deductivo.

En dicha fase el investigador formula el método para probar la teoría en consideración (en el Derecho sería el caso en consideración al menos en la actividad judicial). Para Peirce la lógica deductiva nos ayuda a organizar nuestro conocimiento, pero el tipo de razonamiento que permite ampliar nuestro conocimiento (*implicative inference*) es de tres clases: inducción, hipótesis y analogía⁷⁰. Volviendo a Kaufmann, el mismo se refiere a las dudas generadas por los elementos de interpretación de Savigny a saber: gramatical, lógico, histórico y sistemático. Con ello pretendía el gran maestro reconstruir el pensamiento inmanente a la ley. Sin estar en el análisis de dichos elementos podemos señalar lo indicado por Kaufmann:

“Lo molesto en eso es que no hay un orden jerárquico racional relativo a estos argumentos de interpretación y la cuestión es más incierta a causa de que en realidad existen muchos más argumentos que los cuatro clásicos; por ejemplo, la justicia, la equidad, las finalidades, el lenguaje corriente, el idioma especializado, la génesis de la norma, los precedentes entre otros muchos. ¿Pueden decidir los jueces en la elección de método enteramente según su voluntad? Se tiene que afirmar de esta manera cuando se analizan sentencias judiciales con referencia a ese problema. Los tribunales argumentan en cada caso, según la causa, de manera muy diferente”⁷¹.

Kaufmann menciona en su obra el trabajo realizado en el Instituto de Filosofía del Derecho e Informática Jurídica de Munich que, tenía

⁷⁰ Ver Anthony Kenny, ob. cit., p. 837.

⁷¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 124.

por objeto averiguar cómo era la forma de argumentación de las altas cortes federales cuando abandonaban sus propias jurisprudencias anteriores. La conclusión es la siguiente:

“Los resultados corresponden al supuesto de que en tales casos los tribunales argumentan más minuciosamente y que determinados argumentos son a menudo especialmente utilizados (orientación de resultados, justicia; la última es siempre un “argumento de vencedores”). Sin duda este resultado tiene solo una débil fuerza de enunciado relativo, pues en la motivación de las decisiones con frecuencia no está, o no solo está, lo que ha conducido a la decisión. En tal clase de argumentos no se puede desatender el papel de argumentos velados o aparentes. Como quiera que sea, una elección racional de método no resultó del proyecto, y no podía resultar pues la elección del método es algo normativo, que no puede lograrse mediante una investigación meramente empírica”⁷².

Pero la admisión de la hermenéutica en Kaufmann lo lleva a plantearse dos temas básicos ¿Es el Derecho una ciencia? Y de no serlo ¿es solo un arte? Sin recurso explicativo se inicia con la mención del “*sentimiento jurídico*” (no sabemos si se refiere a una intuición o un sentimiento como en Adam Smith o como el de los fenomenólogos), así nos refiere una vez más a su maestro:

“Y que precisamente el sentimiento jurídico tiene que ver con la hermenéutica fue reconocido muy tempranamente por el genial Gustav Radbruch. Este escribió en un ensayo de 1907: “El sentimiento jurídico anticipa el resultado, la ley, debe dar luego los fundamentos y límites para ello”. Y en 1932, agregó sobre eso: “El sentimiento jurídico exige un espíritu ágil, y que pueda pasar de lo particular a lo general y nuevamente de lo general a lo particular. Es difícil decirlo mejor. El sentimiento jurídico es el arte de tener precomprensiones (pre-juicios) correctos. Todavía de manera más aguda, particularmente perspicaz, dijo Albert Einstein: “La fantasía es más importante que el saber”. Las pre-comprensiones son lo humano en la aplicación del Derecho, ninguna técnica por

⁷² Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 124 y 125.

desarrollada que sea las puede medir. La pre-comprensión posibilita arreglárselas con la circularidad del proceso de aplicación del Derecho. Esta estructura de la aplicación del Derecho la hace transparente, en lugar de ocultarse detrás de los fundamentos de la decisión”⁷³.

Kaufmann tiene que confrontar el cuestionamiento del Derecho como ciencia que se manifestaba ya antes de la Segunda Guerra Mundial en autores como Anders Vilhelm Lundstedt⁷⁴. El tema de la cientificidad del Derecho ha sido y seguirá siendo discutido más hoy en día a la luz del desarrollo de la inteligencia artificial que aspira tomar al pensamiento jurídico y fraccionar en él lo que responde a lo meramente objetivo (no sabemos si es posible) y lo que está determinado por nuestras actitudes ante la vida (el recuento de ello no se hace nada fácil).

Al final de sus reflexiones anteriores, Kaufmann se refiere precisamente a lo que Quine pretendió hacer desaparecer: la diferencia entre lo analítico y lo sintético. Para Quine nada puede ser previo a la observación científica⁷⁵. Kaufmann desarrolla sus preguntas de la siguiente forma:

“¿Hay, entonces, conocimientos genuinos en las ciencias normativas? Este problema es vivamente discutido. Los unos –por ejemplo, Karl Popper, quien solo admite el método deductivo– niegan sin más la posibilidad de conocimientos normativos; aquí se tratará solo de “opiniones”. Otros, por el contrario, no ven en absoluto ninguna diferencia entre las nociones $a = \text{rojo}$ y $a = \text{bueno}$; de la misma manera que hay una evidencia observable, hay también una evidencia valorable. Es muy dudoso que esto pueda cobijarse en la

⁷³ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 127 y 128.

⁷⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 128. Ya en 1848 Julius Hermann von Kirchmann ganó celebridad con su ensayo sobre *El carácter acientífico de la jurisprudencia como ciencia*, el cual leyó en la Sociedad Berlinesa de Juristas. En la filosofía jurídica norteamericana se sintieron los efectos del científicismo pragmático a raíz de la obra de Quine *Two Dogmas of Empiricism* de 1953. El tema ha sido ampliamente desarrollado por Leiter en obra ya mencionada en este trabajo. Una opinión diferente la encontramos en Hilary Putnam al que también hemos mencionado.

⁷⁵ Ver Patricia Smith Churchland, *Foreword* en Willard Van Ormann Quine, ob. cit., p. XI. Ver: Brian Leiter, ob. cit., p. 188.

crítica del conocimiento de Kant; según él, tenemos conocimientos puros solo de las formas de intuición y del pensamiento, no de los contenidos, haciendo abstracción de la matemática y las ciencias naturales, en las cuales se dan (Kant considera esto evidente) juicios sintéticos a priori (esto es, juicios que, a diferencia de los analíticos, amplían nuestro saber y son obligatorios, porque ellos no provienen de la experiencia sensible). Será exacto que para la razón teórica (¿qué puedo yo saber?) rijan ciertas categorías y modalidades –“obligatorio”, “necesario”, “imposible”– que para la razón práctica (¿qué debo yo hacer?) –“plausible”, “concordante”, “sustentable”–, pero también que en la última son posibles conocimientos objetivos, verificables, logrados metódicamente. Sin duda hay que reconocer que las ciencias naturales exactas están más cerca al ideal de cientificidad que las ciencias normativas. En definitiva, la ciencia del Derecho no es solo ciencia, sino también es un arte”⁷⁶.

2.2. Reflexiones sobre un análisis racional del proceso de creación del Derecho

Kaufmann se pregunta acerca de la racionalidad del método jurídico para responderse que aunque no sea del todo racional debe haber algunos elementos que al menos se relacionen con instrumentos lógicos. Si bien la segunda subparte de la segunda parte de este trabajo se refiere al proceso racional de creación del Derecho el cual es para Kaufmann distinto –según la doctrina tradicional del método– del de aplicación del Derecho. La dinámica diferenciada de creación-aplicación da pie a la reflexión acerca de lo que el autor que comentamos ha dado por llamar el “*plan del orden jurídico*”. El siguiente texto ahonda en la diferenciación planteada:

“Se trata de una aplicación del Derecho, cuando el caso por decidir está regulado legalmente, lo que sucede en la gran mayoría de ocasiones; aquí se presenta una simple subsunción. La creación de Derecho, una excepción poco frecuente, por el contrario, tiene lugar cuando para el caso por decidir no se encuentra ninguna

⁷⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 131 y 132.

regla legal aplicable; la existencia de una regla semejante, empero, tendría que esperarse de acuerdo con el “plan del orden jurídico”. Esto es, cuando se presenta un vacío de la ley y se vulnera el plan (no cuando se está ante un silencio calificado de la ley, es decir, cuando el silencio es intencional)... El necesario lleno de la laguna en este caso no es posible a través de una subsunción sino más bien, únicamente, por medio de una analogía (o mejor, de un argumento a contrario) o a través de la libre creación judicial de Derecho”⁷⁷.

En el desarrollo de sus ideas Kaufmann nos introduce en lo que él llama un “*pequeño collegium logicum*”. Su paso a través de las distintas concepciones lógicas lo lleva desde la lógica tradicional, pasando por la formal hasta las conclusiones lógicas. Lo anterior sirve de base —con Peirce— para hablar de deducción, inducción, abducción y analogía⁷⁸.

Refiriéndose a los procedimientos metódicos que acabamos de mencionar desarrolla —en nuestra opinión— uno de los análisis más detallado y preciso de su análisis del proceso racional de creación de Derecho. Así se refiere a la deducción como una forma de llegar a una conclusión a partir de la norma hacia el caso. En su explicación tienen cabida los conceptos de “*certeza*” (seguridad); “*carácter vinculante*”; ampliación o no de nuestro conocimiento y otras operaciones precedentes de pensamiento. Kaufmann señala acerca de la deducción:

“Es el modo de pensar del juez y de todos aquellos que tienen que aplicar o crear Derecho. Con la deducción la conclusión es completamente cierta. Dado que una conclusión solo es segura si parte de la norma (de lo general), es la deducción la única conclusión firme (se trata de un silogismo de acuerdo con el modus barbara). La conclusión deductiva es por lo tanto vinculante, pero es solo analítica, no amplía nuestro saber. El esquema muestra, también que, a la utilización deductiva del Derecho, a la subsunción, la preceden siempre otras operaciones de pensamiento, en particular, la equiparación de caso y norma, la cual no tiene carácter deductivo y tampoco es analítica, sino sintética; aquí se esconde lo “nuevo” en cada aplicación del Derecho. El jurista versado no reflexiona la mayoría de las veces, sobre este acto mental, porque este es obvio

⁷⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 137.

⁷⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 138 a 148.

en los casos de rutina. Persiste así la idea de solo subsumir mecánicamente (en los ejercicios de la práctica académica se proporcionan con frecuencia solo los casos relevantes en relación con las normas sobre las cuales recae la pregunta, para lo que ya se ha anticipado la equiparación o diferenciación y, por ende, solo queda comprobar si se puede subsumir; en otras palabras, un recorte lamentable del procedimiento metódico)”⁷⁹.

Pero en la discusión de Kaufmann siempre está presente la consideración relativa al Derecho como ciencia, lo cual supone la utilización –propugnada por algunos científicos– del método deductivo a pesar de encontrarnos frente a una ciencia normativa. Lo anterior es referido por Kaufmann de la siguiente forma:

“Algunos piensan, sin embargo, que por causa de la científicidad la ciencia debe limitarse a concluir en forma deductiva, al silogismo, y con ello a la lógica asertórica, por ejemplo, Karl Popper y Koch/Rüssmann. A esto corresponde el dualismo metódico entre deber ser y ser, sostenido en especial por los neokantianos (Radbruch y Kelsen) según el cual un deber siempre se puede retrotraer a un deber superior, jamás a un ser. Si fuese posible descubrir el Derecho de manera puramente deductiva, para cada pregunta habría, de hecho, siempre solo una respuesta correcta. Pero esto no es posible, pues no disponemos de la fuerza hercúlea sugerida por Dworkin. Por lo menos en las ciencias normativas no se puede proceder tan solo con base en la deducción, como ya se ha insistido varias veces”⁸⁰.

Con respecto a la inducción Kaufmann señala que tiene como punto de partida el caso, se busca la regla (norma). Volviendo a referirse a Popper señala que no se puede calificar como “*conclusión lógica*”.

“La inducción por sí sola es un instrumento poco idóneo para llegar a afirmaciones verdaderas. Esto se ha intentado, por supuesto, una y otra vez. El positivismo jurídico empírico, algunas corrientes de la filosofía existencialista (G. Cohn), la ética de situación y, re-

⁷⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 156.

⁸⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 157.

cientemente el método de pensamiento de caso, pretenden llegar a una decisión jurídica a partir del caso sin ayuda de la norma. Que la inducción ofrezca dudas científicas a los más estrictos lógicos, es algo que, como teórico del Derecho se tiene que aceptar... Pero cómo se puede llegar a una decisión de deber ser exclusivamente a partir de la facticidad del caso continúa siendo un secreto reservado a aquellos que lo afirman”⁸¹.

En lo relativo a la abducción (el llevar de un lado a otro) para Kaufmann es una conclusión que parte del resultado. Como ya vimos el tema planteado por Peirce lleva al autor *in comento* a señalar:

“Solo se tiene que saber lo que brinda la conclusión por abducción: un resultado no definitivo, sino “únicamente” una hipótesis, que ayuda al que busca Derecho, para alcanzar metódicamente y argumentativamente el resultado definitivo. La precomprensión hermenéutica no tiene por qué entenderse como un “prejuicio” en el significado negativo del término. Lo anterior vale también para el llamado sentimiento de Derecho que, en cuanto capacidad para poseer precomprensiones acertadas, tiene carácter deductivo y puede ser una ayuda de orientación primeriza y provisional”⁸².

La precomprensión se constituye en elemento anticipatorio de resultados. Al final las hipótesis deben ser comprobadas y ello compromete la certeza de lo pensado. Por ello Kaufmann adelanta el siguiente comentario:

“Se debe tener en cuenta que la abducción, en cuanto conclusión a partir del resultado, constituye una conclusión insegura y riesgosa,

⁸¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 159. Para el positivismo lógico “Si me imagino que recuerdo cada observación –es en principio indiferente si lo hago en un papel o en la memoria– y luego comienzo de tal punto la construcción de la ciencia. Yo voy a tener delante de mí declaraciones de protocolo (*protocol statements*) las cuales están temporalmente al comienzo del conocimiento. De dichas declaraciones se van a producir gradualmente el resto de las declaraciones de la ciencia, por medio del proceso llamado “inducción”, que consiste en no otra cosa que yo soy estimulado o inducido por las declaraciones de protocolo a establecer tentativamente generalizaciones (hipótesis), desde las cuales esas primeras declaraciones, pero también muchas otras, se siguen lógicamente. Ver Moritz Schlick, “The Foundation of Knowledge”, en *Logical Positivism*, A.J. Ayer editor, The Free Press, New York, 1959, p. 220.

⁸² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 160.

que produce solo juicios problemáticos, de tal manera que su inseguridad se puede manifestar en cualquier momento... La precomprensión –así como también el sentimiento del Derecho– tiene que permanecer abierta para las correcciones necesarias. De acuerdo con Peirce, la abducción precede a la inducción. En relación con esto se puede tener dudas..., en la analogía los momentos inductivos y abductivos llegan a ser eficaces, pero estos no ocurren uno detrás del otro, sino que aparecen al mismo tiempo, lo cual demuestra que la analogía es un procedimiento circular. Por lo demás, la abducción se diferencia también de la analogía, pues mientras que aquella encuentra hipótesis, esta trabaja con hipótesis”.

Especialmente Charles Sanders Peirce ha cosechado grandes frutos alrededor de la abducción. Su destacado significado se encuentra en que él, sobrepasando a Aristóteles y Kant, ha desarrollado una lógica y una ontología de las relaciones. En la ciencia del Derecho hay, hasta ahora solo unas cuantas voces de apoyo. Según Umberto Eco y coautores, la abducción es la más atrevida de las conclusiones, de la que se sirven los detectives (Sherlock Holmes, Edgard Allan Poe), para rastrear una sospecha⁸³.

Lo curioso del análisis de Kaufmann es que utiliza el tema de la abducción para vincularlo con la teoría de la “naturaleza de la cosa” por una parte y el dualismo entre valor y realidad (hecho-valor) presente en la consideración de Radbruch. La cita siguiente nos ilustra acerca del tema:

“Schünemann lleva la abducción a la proximidad de la “naturaleza de la cosa”. En realidad, existe aquí un paralelo y, en efecto, por cuanto mediante la “naturaleza de la cosa” también se busca hallar hipótesis que hacen posible “hacer menos tenso el rígido

⁸³ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 160 y 161. Ver Anthony Kenny, cita al pie de página número 22 de la primera parte de este trabajo. Manuel Atienza usa el ejemplo de *La Carta Robada* de Poe para ejemplificar el concepto de validez deductiva. Ver Manuel Atienza, ob. cit., p. 8. Igualmente Atienza se refiere a la abducción en los siguientes términos: “Para Pierce... la abducción –que a veces llama también hipótesis o retroducción– es un tipo de argumentación diferente tanto de la deducción como de la inducción, pues se trata de un “argumento original”, en el sentido de que con él surge una idea”. Ver Manuel Atienza, ob. cit., p. 17, pie de página número 9.

*dualismo entre valor y realidad, entre deber ser y ser, así no lo superen” (Radbruch). Por lo demás se debe anotar que ya de tiempo atrás no es posible hablar de una popularidad de la idea de la “naturaleza de la cosa”. Desde hace años se ha dado despedida a ese estereotipo al que se había acudido en razón del estado de necesidad jurídica en los días de la postguerra (yo he escrito “naturaleza de la cosa”, con todo, siempre entre comillas, es decir, en un meta-idioma distanciado y, en relación con esto, Gustav Radbruch habló tan solo de “una manera de pensar”)*⁸⁴.

En el desarrollo del tema que nos ocupa Kaufmann se refiere a la analogía. Para él la analogía no es una conclusión lógica, sino una comparación con una estructura muy compleja (este pudo haber sido el motivo por el cual Pierce no se ocupó de ello). Por medio de la analogía se compara lo más conocido con lo menos conocido para coordinarle luego a esto último también la característica cuestionable que exhibe el caso primero⁸⁵.

Pero el tema de la “*identidad*” de casos o situaciones no debe ser visto sin problemas especialmente para los científicos que se ocupan del proceso de creación del Derecho. Constituye objeto de especial reflexión el relativo a la posibilidad del legislador de contemplar todos los posibles casos en un mundo cambiante. Las listas pueden resultar incapaces de cubrir todos los supuestos. Por otra parte, está siempre presente la discusión relativa a la utilización de la interpretación extensiva o de la analogía. Luis Prieto Sanchiz se ocupa del asunto señalando:

“...la analogía implicaría la creación de una norma nueva, mejor o peor justificada, pero creación, al fin y al cabo; la interpretación

⁸⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 161 y 162. Radbruch en su filosofía del Derecho citando a Georg Simmel señala: “Ha sido siempre para mí una de las más puras alegrías, cuando desde la superficialidad de palabras irreflexivas se pudo lanzar una sonda en lo profundo de las cosas, y lo sin sentido nos abrió la perspectiva de un sentido como nunca soñar se pudo. Y esto no es orgullo insidioso, sino modestia, ya que hay algo de consuelo y esperanza en el hecho de que nuestra sabiduría, de la que tantas veces tenemos que dudar, albergue espacio para un sentido a nosotros oculto, que un espíritu superior e intérprete amistoso le pueda atribuir –ya que también *in dubio* debe siempre reconocerse a los acusados la mejor intención”. Ver Gustav Radbruch, ob. cit., p. 208.

⁸⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 162.

extensiva, en cambio, consistiría en ampliar el campo de aplicación de una norma tanto como permita su significado, pero sin llegar a sobrepasarlo”⁸⁶.

Para Kaufmann la analogía se denomina con frecuencia incorrectamente conclusión de nivelación, porque ocurre en el mismo plano. No se puede concluir directamente de lo particular, de un caso (o bien al resultado). Por este motivo no es acertada la opinión de que la creación de Derecho es solamente una comparación de casos, sin norma (regla). La analogía... no es una conclusión lógica. Procede en círculo, porque es, a un mismo tiempo, siempre, caso, norma y resultado, pues estos se condicionan mutuamente. Si la analogía misma no es una conclusión lógica, entonces aparece en el procedimiento de la creación de Derecho junto con la deducción, la inducción y la abducción... solo que a partir de aquí se vuelve significativo como tiene lugar el proceso de creación de Derecho, y especialmente, qué partes de este proceso son seguras y cuáles son inseguras.

Quizás con esa aproximación de Kaufmann a la naturaleza de las cosas que le permite dejar momentáneamente lo jurídico para imbuirse en lo extrajurídico que podría darle sentido a lo jurídico, cita a Goethe con respecto a la analogía:

“Cada ser existente es análogo a todos los seres existentes, por tal razón el ser nos parece siempre, a un mismo tiempo, separado y relacionado. Se observa la analogía demasiado, entonces coincide todo lo idéntico, se evita, entonces se esparce todo en el infinito. En ambos casos se estanca la reflexión, una vez, como superviviente, otra vez, como muerta”⁸⁷

Con el texto anterior permite a Kaufmann ahondar en lo que él llama “analogía entre identidad y diferencia”. Probablemente lo anterior luce complicado, de entender especialmente cuando pensamos en lo común y no en lo que es diferente pero lo cierto es que para ir a lo

⁸⁶ Luis Prieto Sanchiz, *Apuntes de teoría del Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 268.

⁸⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 163 a 165.

común primero hay que descartar las diferencias. De cualquier manera, señala Kaufmann:

“En la analogía aquello por conocer no va a ser conocido en sí (en su esencia) sino en una relación que tiene con respecto a otro que es más conocido. Por consiguiente, aquí no puede ser suficiente la lógica asertórica, se necesita un predicado, una lógica de relación (si se necesita una lógica deóntica, es algo que queda abierto)”.

Más adelante señala el autor *in comento*:

“La analogía procede de manera circular y sólo alcanza resultados problemáticos. Así, no es sorprendente que, hasta ahora, la analogía se hubiese mostrado resistente frente a todos los intentos para su formalización”⁸⁸.

Es evidente para Kaufmann que el análisis de la analogía lo aproxima a la doctrina del método jurídico. Lo anterior no se produce sin antes haber pasado por lo que podría parecer “meros círculos viciosos” que él mismo se pregunta si lo son o no. En realidad, las siguientes citas dejan abierto un mar de preguntas acerca de la interpretación del Derecho; la creación del Derecho; el conocimiento de las reglas y el consenso como fuente del Derecho. Pasemos a mencionarlas:

⁸⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 165 y 167. Carlos Cossio en un comentario valioso sobre la analogía jurídica señala: “La analogía jurídica no es natural al Derecho, como cree Bobbio, en el sentido de que la analogía lógica sea un ingrediente de esencia constitutivo del concepto del Derecho; no es así porque su fundamento es axiológico; pero si bien ella no es natural al Derecho, es en cambio un principio de Derecho natural racional que está incorporado en Occidente al Derecho positivo en muy grande medida. Para comprender, sin ninguna duda de que estamos frente a un caso de justicia racional, basta considerar que la justicia de la igualdad se defiende con la razón y que es suficiente la razón para buscarle un fundamento: es suficiente que la razón esté estimada como valor y, precisamente, como el valor determinante. En cambio, para defender con sentido la justicia de la desigualdad, necesitamos recurrir a otros contenidos axiológicos como fundamento porque esta proposición es un sinsentido en el ámbito de la razón tal como si dijéramos que dos cosas iguales a una tercera no son iguales entre sí”. Ver Carlos Cossio, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Editorial Los Andes, Buenos Aires, 2005, pp. 231 y 232. Desde la perspectiva del positivismo lógico Rudolf Carnap utiliza su análisis de la analogía para referirse a las llamadas “oraciones sicológicas”. En tal sentido señala que: “Los argumentos del pensamiento a través de la analogía no son certeros, como los argumentos probables pueden ser admitidos”. Ver Carnap, Rudolf, “Psychology in Physical Language”, en *Logical Positivism*, ob. cit., pp. 176 y 177.

Radbruch: *“La interpretación es el resultado de su resultado, el medio de interpretación será elegido después que el resultado ha sido verificado”*.

English: La creación de Derecho *“es una constante interacción, un ir y venir de la mirada entre premisa mayor y circunstancias de hecho”*.

Conte: *“Conocimiento de las reglas y conocimiento a través de las reglas”*.

Naucke: *“Consenso como fuente del Derecho correcto, Derecho correcto como límite del consenso”*⁸⁹.

Cuando Kaufmann se refiere a una doctrina del método jurídico se refiere a ella en términos de apropiada más que correcta, por cuanto pueden existir varias correctas. Lo interesante es que plantea la cuestión de forma tal que se trata de la comprensión hermenéutica del método jurídico. La alternativa del método anterior se refiere a una perspectiva más general como “la informática jurídica”. Pero donde la teoría de Kaufmann (podríamos hablar de explicación) alcanza su mayor nivel de inteligibilidad es cuando recurre a “la creación de Derecho y proceso legislativo” (es el orden que utiliza en su obra para inmediatamente colocarnos frente a un tema esencial como es el de “la construcción escalonada del orden jurídico”) en él se encuentran (resuelven) todas las posibles antinomias. Así señala:

*“...las doctrinas tradicionales del método jurídico solo se ocupan de la creación de Derecho en concreto, a partir de la ley, pero no del proceso legislativo, pese a que existe una llamativa complementariedad entre la expedición del Derecho y la aplicación del Derecho. Pero la legislación vale, desde hace mucho tiempo, como un asunto puramente político y no científico. Este desarrollo ha conducido, infortunadamente, a que la teoría moderna de la legislación se desarrollara al lado de la doctrina del método jurídico”*⁹⁰.

Es de gran interés la construcción escalonada del orden jurídico en el cual Kaufmann coloca a Santo Tomás y Kelsen juntos en el

⁸⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 167 y 168.

⁹⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 169.

proceso de realización del Derecho: “Como lo discutió Hans Kelsen, con el notable antecedente de Tomás de Aquino, existe una ‘construcción escalonada’ (esta palabra se entiende de manera gráfica) en el proceso de realización del Derecho”⁹¹. En Kaufmann los escalones se desenvuelven de la siguiente manera:

“El primer escalón lo conforman los principios jurídicos abstractos-generales, suprapositivos y suprahistóricos, en el segundo escalón se encuentran las reglas jurídicas (normas jurídicas) concretas generales, formal-positivas, no suprahistóricas, pero vigentes durante un mayor o menor período (período legal); el tercer escalón es el Derecho concreto, material-positivo e histórico. En pocas palabras: principio jurídico (idea de Derecho) - norma jurídica - decisión jurídica. Con todo, esa sucesión solo puede ser entendida como una sucesión lógica; ontológicamente la relación es al contrario pues el Derecho concreto está más cercano al ser y más imbuido del ser que la idea de Derecho. Para la subsecuente comprensión, dos tesis son fundamentales y ambas de igual importancia. La primera tesis muestra que en el proceso de realización del Derecho ninguno de los escalones mencionados es prescindible. Esto quiere decir, por consiguiente: ninguna regla jurídica sin principio jurídico, ninguna decisión jurídica sin regla jurídica. La segunda tesis muestra que ningún escalón puede ser deducido del (lógicamente) inmediatamente superior. Esto significa entonces: ninguna regla jurídica solo a partir de los principios jurídicos (solo a partir de la idea del Derecho), ninguna decisión jurídica solo a partir de la regla jurídica”⁹².

En función de lo anterior Kaufmann pretende lograr el tan ansiado equilibrio entre el deber ser y el ser. Se necesitan elementos del deber ser y del ser. El proceso legislativo tampoco es viable sin elementos del ser, “sin una mirada a los posibles casos anticipados, sobre los cuales la ley ha de tener vigencia”⁹³. Para explicar lo anteriormente señalado, Kaufmann recurre, una vez más, al ejemplo del túnel aportado por Radbruch:

⁹¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 170.

⁹² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 171.

⁹³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 171.

“La deducción del concepto de Derecho se mueve manifestamente en un círculo, ella pretende obtener el Derecho indirectamente a partir del valor jurídico –aquello por lo cual el valor jurídico reclama vigencia– pero solo puede definir el valor jurídico, de nuevo, a través de la referencia a la sociedad, cuyo componente constitutivo es el Derecho. Aun cuando no se pueda lograr obtener un concepto de la vida en comunidad, jurídicamente inmune, nuestra deducción no carecería, sin embargo, de valor por causa de aquella conclusión circular: ella probaría entonces, que la realidad jurídica se puede descomponer en dos partes, una a priori y otra a posteriori, así cualquiera de los dos componentes solo pueda ser definido en relación con el otro. En tales conclusiones circulares, alrededor del eternamente indescifrable secreto, se mueve, ciertamente, toda la filosofía crítica. El proceso de una filosofía circular tal sería, no obstante, aquel de intentar abordar el túnel por ambos lados, de acometer el concepto de Derecho por ambos lados; si se estrellan las dos zapas, entonces es correcto”⁹⁴.

TERCERA PARTE

LOS CONCEPTOS JURÍDICOS O UNA FORMA DE HABLAR ACERCA DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Kaufmann partiendo de Kant, pasando por Stammler y refiriéndose a la frase de Radbruch “eutanasia de la filosofía del Derecho” trata de explicarnos cómo llegamos a una situación filosófico-jurídica de la cual solo quedó en pie la doctrina de las formas del Derecho. El siguiente texto de Kaufmann nos aporta su opinión acerca de un proceso histórico que culmina con el resultado ya señalado. En este sentido indica:

“La doctrina de los conceptos del Derecho, sobre todo de los conceptos jurídicos fundamentales, pertenece tradicionalmente a la teoría general del Derecho. Esta tendencia de la ciencia del Derecho se generó en el siglo XIX como reacción, en especial, a la crítica del conocimiento de Kant. La pregunta que Kant planteó en la Crítica de la razón pura dice así: “¿Cómo son posibles los juicios sintéticos a priori?” Esto, formulado en forma algo más

⁹⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 172.

sencilla de comprender, significa: ¿existen conocimientos a partir de la razón, seguros, libres de error, con validez universal (a priori y no solamente a posteriori) que amplíen nuestro conocimiento (en forma “sintética” y no sólo analítica)? La respuesta que dio Kant, principalmente en el acápite “Lógica trascendental”, significó una estocada para toda la metafísica tradicional y la ontología (substancial) (y, en consecuencia, también para el Derecho natural clásico). Según esto al entendimiento no le es propia una fuerza cognoscitiva, creativa (que amplíe nuestro saber) sino solo una espontaneidad del conocimiento. Los contenidos (“objetos”) del pensamiento no provienen del entendimiento sino de la intuición (de la experiencia sensorial) y son válidos, por tanto, solo a posteriori (no son universalmente válidos y no están exentos de riesgos de error). A priori nos son dadas solamente las formas de la intuición (Kant habla aquí de estética) y las formas del pensamiento (con las que tiene que ver la lógica). Con ello se aferra Kant, fuertemente, al concepto científico racionalista y naturalista que predominó durante todo el siglo XIX y gran parte del siglo XX y que estaba orientado hacia las matemáticas exactas y las ciencias naturales: “Yo afirmo, empero, que en aquella doctrina especial de la naturaleza (doctrina del Derecho natural) solo puede encontrarse tanta ciencia propiamente dicha como se encuentra en ella matemática”. La consecuencia para el campo del Derecho es, según la formulación del neokantiano Rudolf Stammler, que “no es posible ninguna proposición jurídica que afirme la particularidad de su contenido absolutamente correcto”. Este fue el final de una filosofía del Derecho de contenido (material, como ciencia, por cierto, solo bajo la condición del concepto científico naturalista). En el siglo XIX este supuesto no fue cuestionado. En consecuencia, de la filosofía del Derecho solo quedó en pie la doctrina de las formas del Derecho (conceptos, estructuras): la doctrina general del Derecho a la que Gustav Radbruch denominó alguna vez de manera muy atinada “eutanasia de la filosofía del Derecho”. Y esa doctrina general del Derecho fue entendida –en forma parecida a lo que sucedió con la actual teoría del Derecho (ambas no son ciertamente idénticas pero tienen, sin embargo, coincidencias) como una pura “filosofía de juristas” que se había emancipado de la filosofía”⁹⁵.

⁹⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 199 y 200. Según Kaufmann, Adolf Merkel (1836-1896) es considerado como fundador de la doctrina general del Derecho. Algunos otros representantes

son Karl Binding (1841-1920), Ernst Rudolf Bierling (1845-1919), Karl Bergbohm (1849-1927) y Félix Somló (1873-1973). En sentido amplio se puede contar entre ellos también a Hans Kelsen (1881-1973) cuya “doctrina pura del Derecho”..., parte del mismo concepto científico naturalístico, es decir, orientado hacia las ciencias naturales exactas”. Ver Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 201. Para Kant: “Se llama doctrina del Derecho (*Ius*) al conjunto de leyes, para las que es posible una legislación exterior. Si una legislación semejante es real entonces es doctrina del Derecho positivo; y el juriconsulto de la misma o versado en Derecho (*Jurisconsultus*) se llama jusperito (*Jurisperitus*) si conoce las leyes externas también externamente, es decir, en su aplicación a los casos que se presentan en la experiencia, que muy bien puede convertirse también en jurisprudencia (*Jurisprudencia*); pero sin ambas juntas queda solo la ciencia del Derecho (*Jurisscientia*). La última denominación corresponde al conocimiento sistemático de la doctrina del Derecho natural (*Ius naturae*), por más que el juriconsulto tenga que tomar de la última los principios inmutables para toda legislación positiva”. Ver Kant, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Estudio preliminar de Adela Cortina Orts, cuarta edición, Tecnos, Madrid, 2008, p. 37. En la misma traducción de la obra de Kant tenemos un estudio preliminar de la profesora Adela Cortina acerca de los “Principios metafísicos de la doctrina del Derecho” cuyo primer punto (5.2.1) se refiere a la relación en Kant entre el Derecho natural y el positivo. Ver Adela Cortina Orts, “Estudio preliminar” en Emmanuel Kant, *Metafísica de las costumbres*, ob. cit., pp. XLIII a XLVI. Ver Alfredo Egusquiza, *Kant, su filosofía crítica y el Derecho*, Emeccé, segunda edición, Buenos Aires, 1949, pp. 90 y ss. Algunas de las ideas que acabamos de mencionar en Kaufmann tienen la influencia de Radbruch tal como él mismo lo señaló. Con respecto a Kant Radbruch enfatiza lo referido por Kaufmann: “el golpe definitivo contra el Derecho natural se dio por la teoría del conocimiento y no por la historia del Derecho y el Derecho comparado, por la filosofía crítica y no por la escuela histórica, por Kant y no por Savigny. La *Crítica de la razón pura* de Kant, ha revelado que la razón no es un arsenal de conocimientos teóricos acabados, de normas éticas y estéticas maduras ya para su aplicación, sino la facultad de alcanzar tales conocimientos y normas; que no es un conjunto de soluciones, sino de problemas, de puntos de vista con que aproximarse a los datos, de formas que solo por la recepción de una materia dada, de categorías que solo por su aplicación a un material dado, son capaces de ofrecernos juicios de un contenido determinado”. Ver Gustav Radbruch, ob. cit., pp. 60 y 61. Con respecto a Stammler citado por Kaufmann señala Radbruch: “La nueva fundamentación de la filosofía jurídica, la restauración de la independencia de una consideración valorativa del Derecho al lado de la investigación de la realidad jurídica en el terreno del dualismo metódico de la filosofía kantiana, fue la gran obra de Rodolfo Stammler. Desde luego, ha planteado más que resuelto los problemas de la filosofía del Derecho. Con una tenaz constancia y sin rubor ante las repeticiones, ha golpeado en toda forma a la conciencia filosófico-jurídica de su época con el desarrollo, siempre semejante, de dos pensamientos: primero, que, al lado de la investigación del Derecho positivo, debe desenvolverse con plena independencia la ‘teoría del Derecho justo’ y que, segundo, esta teoría es solo un método que no desarrolla ningún sistema de filosofía del Derecho. La teoría del Derecho justo no puede ni quiere desarrollar ningún precepto jurídico que pueda demostrarse justo con validez general. Adquiere la validez general de sus conceptos a costa de su carácter puramente formal. Así, es menos una filosofía jurídica, que una lógica de la filosofía del Derecho; una teoría del conocimiento de la consideración valorativa del Derecho, una crítica de la razón jurídica; unos cimientos de utilidad poco común para toda la filosofía del Derecho posible, pero todavía no el edificio mismo”. Ver Gustav Radbruch, ob. cit., pp. 73 a 75. Más adelante señala Radbruch: “ Stammler cree poder separar de modo tajante el concepto del Derecho de la idea del Derecho, derivando el concepto del Derecho sin referencia alguna a la idea del

Para Kaufmann un tema central de la doctrina general del Derecho lo constituye la teoría de los conceptos de Derecho jurídicamente relevantes o impropios y los conceptos fundamentales del Derecho o conceptos jurídicos propios o categóricos. La diferencia entre tales conceptos, para Kaufmann, parece referirse a que los propios o categóricos, a diferencia de los relevantes o impropios, no provienen de la realidad extrajurídica empírica sino más bien del Derecho a priori. La diferenciación con todas las posibles matizaciones que podemos elaborar —a pesar de no ser el objeto de este estudio— nos proporciona elementos valiosos para poder entender la relación entre lo jurídico y lo social en el sentido más amplio del término. En otras palabras, cómo se transforma la realidad en Derecho lo cual ayuda a entender cuándo el Derecho va más allá de lo real (por ejemplo, creando ficciones)⁹⁶. De cualquier forma, Kaufmann no solo se refiere a conceptos extraídos de la realidad que nos rodea, sino pretende contraponerlos —como lenguaje corriente— al lenguaje de la ley. El autor que estudiamos recurre a Karl Engisch

Derecho... ninguna obra humana puede ser comprendida sin relación a una idea; si ni siquiera una mesa, mucho menos el Derecho. Detrás de esta concepción del concepto del Derecho está la videncia fundamental, que en contra de la oposición stammleriana entre ser y deber ser, no puede satisfacerse con la existente entre realidad y valor, sino que entre juicio de realidad y juicio de valor considera a la referencia o relación a los valores; es decir, que entre la naturaleza y el ideal pretende reservar su puesto a la cultura; la idea del Derecho es un valor, empero, el Derecho es una realidad referida a valores, un fenómeno cultural. De esta manera se realizó un tránsito del dualismo a un trialismo (cuando se hace caso omiso del cuarto, del religioso). Este tránsito convierte a la filosofía del Derecho en una filosofía cultural del Derecho”. Ver Gustav Radbruch, ob. cit., pp. 76 y 77. Emil Lask al que Radbruch considera como fundador de una filosofía cultural del Derecho señala: “La metodología jurídica en el más amplio sentido, tanto como crítica de la conceptualización jurídica como de la jurídico-científica, tiene dos temas fundamentales; investigar en primer término, la toma de posición propia y unitaria del Derecho y de la jurisprudencia en relación con el substrato prejurídico de la vida y de la cultura, es decir, con la trasmutación del material prejurídico en conceptos jurídicos, y, en segundo lugar, la correlación sistemática de los conceptos jurídicos entre sí o la forma sistemática de la jurisprudencia”. Ver Emil Lask, ob. cit., p. 70. Es conveniente señalar que para Lask la ciencia del Derecho es una rama de las ciencias culturales empíricas. Ver Emil Lask, ob. cit., pp. 60 y ss.

⁹⁶ Savigny señalaba: “El ser humano con su sola presencia física, lleva consigo su pretensión a la capacidad de Derecho... Ante esa presencia cualquier otro sabe que debe respetar en él derechos propios, y cada juez sabe que debe tutelar esos derechos cuando la capacidad natural del ser humano se trasmite por una ficción a un sujeto ideal, esa legitimación falta por completo; solo la voluntad del poder puede suplirla”. Ver Leandro Javier Caputo, *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria*, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 20.

para mostrar de qué manera los conceptos que regularmente usan los juristas tales como, por ejemplo, acción, causa, cosa, tiempo, etc. No coinciden, en la mayoría de los casos, con la utilización de los mismos en la vida diaria o lo que Kaufmann llama “*el concepto del mundo que tienen los hombres*”.

Lo anterior plantea una afirmación importante para el análisis del derecho: el concepto jurídico del mundo no está impregnado en forma decisiva de una cientificidad especial. En el fondo pareciera que existe un concepto jurídico ingenuo acerca del mundo. Cuando la filosofía se debate acerca del concepto de verdad para muchos juristas no deja de ser otra cosa que lo expuesto por la fórmula *veritas est adequatio intellectus et rei*, esto para Kaufmann es un concepto muy objetivista de verdad que ya ha sido abandonado hace mucho tiempo por la mayoría de los más competentes filósofos. Para el mismo autor que comentamos: “*Esto no quiere decir que los juristas no hagan bien en aferrarse a ese concepto ‘ingenuo’ de verdad*”⁹⁷. ¿Son suficientes las diferencias ya señaladas para no calificar al mundo del jurista como científico? Para el autor *in comento* al mundo del jurista:

“No se lo puede describir, no obstante, sin más ni más, con un lenguaje corriente. Ciertamente, los conceptos que nosotros tenemos

⁹⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 202. Por ejemplo, Scruton en el capítulo tres de su *Filosofía moderna* se ocupa del tema de la verdad. Luego de revisar el lugar que ocupa la verdad en los argumentos, es decir, la lógica de la verdad se ocupa de la naturaleza metafísica de la verdad. En tal sentido señala: “¿Qué es lo que hace a algo ser verdadero o falso? Intuitivamente la verdad es una relación entre las cosas que son verdaderas, y las cosas que las hacen así. Pero los dos términos de la relación están en discusión, así como la relación en sí misma. Los filósofos difieren acerca de si el portador de la verdad es una oración, una proposición, un pensamiento, una declaración, una creencia, o alguna otra entidad, ya sea lingüística o mental. Ellos difieren igualmente acerca de en qué consiste la verdad. Algunos hablan de correspondencia, pero con qué (aquí igualmente hay una variedad de posiciones, resumidas en los términos hecho, situación, realidad, situación de hecho). Otros reemplazan la correspondencia con algunas otras relaciones: como por ejemplo coherencia. Otros todavía rechazan la idea total de verdad como relación, considerándola como una propiedad intrínseca de lo que la posee. Hay algunos que incluso argumentan que la verdad no es ni una propiedad ni tampoco una relación y que el concepto es redundante”. Ver Roger Scruton, *Modern Philosophy*, Penguin Books, New York, 1996, p. 97. Hilary Putnam en el capítulo tercero de su obra *Razón, verdad e historia* realiza un exhaustivo recuento de las distintas perspectivas filosóficas con respecto a la verdad. Ver Hilary Putnam, *Razón, verdad e historia*, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 59 y ss.

aquí entre hojas provienen de la realidad: precisamente porque ellos son tomados de la realidad y no son producidos a partir del Derecho mismo, se llaman conceptos “impropios” de Derecho. Pero el Derecho no acoge estos conceptos, así como así, en su significado corriente, pues el Derecho en sus presupuestos de hecho debe ordenar; determinar; valorar; debe fundamentar un deber ser; y en vista de eso estos conceptos legales tienen un significado normativo más o menos impregnado (en ello reside su relevancia jurídica)”⁹⁸.

La interrogante esencial para el autor en estudio es cómo poder lograr esa síntesis fundamental que el Derecho requiere entre el ser de las cosas que nos viene del mundo y ese deber ser que constituye elemento imprescindible de lo jurídico. En otras palabras, cómo poner junto, lo fáctico con lo normativo. Lo anterior lo expresa Kaufmann hablándonos de tejido normativo y aportándonos el concepto de “cosa”. Así señala:

“El Derecho debe sentar normas, ha de alcanzar un orden del deber ser, y esto no es posible con conceptos puramente empíricos. Todos los conceptos jurídicos están cubiertos de un “tejido normativo”. “Cosa” es algo muy claro en el lenguaje corriente. En Derecho, por el contrario, se entiende por cosa no necesariamente la cosa substancial sino, en algunos casos, por causa de muy complicadas reflexiones, también, o solamente, el valor de la cosa (hurto)”⁹⁹.

A fin de cuentas, tal como lo reconoce Kaufmann, todo concepto jurídico se relaciona con la relación jurídica en la cual es utilizado. En este tema el autor que estudiamos se refiere a Wittgenstein para señalar:

“El significado de un concepto jurídico depende de la relación jurídica dentro de la cual es utilizado. Por ello es desacertado hablar en este contexto de “conceptos jurídicos relativos”. Más bien es correcta la palabra relacional, pues el significado de un contexto jurídico será determinado..., a través de la relación en la que aparece”¹⁰⁰.

⁹⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 203.

⁹⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 203.

¹⁰⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 204. A veces en el Derecho podemos inventar contextos para utilizar conceptos jurídicos con determinado significado que puede no coincidir con los conceptos del uso común del lenguaje. El propio Wittgenstein señalaba: “Después de haber

En el desarrollo de sus ideas Kaufmann nos introduce en la pregunta acerca de los conceptos jurídicos irrelevantes descritos por Radbruch y que él diferencia de la teoría del Derecho como “*espacio vacío de Derecho*”. Así señala:

“Si existen conceptos “jurídicamente relevantes” deben existir también, así se debería pensar; conceptos jurídicos irrelevantes, una esfera sin ningún significado jurídico. Es interesante que Gustav Radbruch haya discutido exactamente esto. Él piensa que un “espacio vacío de Derecho” es solo vacío de Derecho gracias a la propia voluntad del orden jurídico y, sobre todo, no vacío de Derecho en sentido estricto, no un irregularizado jurídico sino un campo fáctico regulado jurídicamente en sentido negativo a través de la recusación de toda consecuencia jurídica... Esto no es, me parece, nada más que un juego de palabras... Con énfasis debe ser resaltado, sin embargo, que lo que se entiende en la teoría del Derecho como un espacio libre de Derecho no tiene nada que ver con el “espacio vacío de Derecho” en el sentido de Radbruch. “Libres de Derecho son, según esto, formas de comportamiento que son del todo jurídicamente relevantes y que también están jurídicamente reguladas (la mayoría de las veces se trata de estado de necesidad o de emergencias semejantes), para los cuales el orden jurídico, no obstante, por determinados motivos, prescinde de una valoración (jurídico o antijurídico). La expresión correcta sería, por ende, espacio libre de valoración jurídica”¹⁰¹.

Kaufmann a continuación se refiere a los “*conceptos fundamentales del Derecho o conceptos jurídicos propios o categóricos*”. En realidad, el título es largo, pero incluye la idea de fundamental y categórico. Lo que trata de hacer el autor que estudiamos es introducirnos en los “*a priori*” del Derecho que no provienen de una realidad extrajurídica y empírica. Del desarrollo de su texto pareciera que podemos inferir que

dicho esto la dejó como en el día anterior. ¿Entiendo esta oración? ¿La entiendo al igual que si la hubiera oído en el curso de una narración? Si aparece ahí aislada, entonces yo diría que no sé de qué se trata. No obstante, yo sabría cómo se podría usar esta oración; yo mismo podría inventar un contexto para ella”. Ver Ludwig Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas*, Editorial Crítica, Barcelona, 2012, p. 341, apartado numerado 525.

¹⁰¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 205.

se refiere a conceptos y categorías jurídicas. Los aspectos a tratar –tal como lo reconoce el propio autor– parecen desbordar cualquier tipo de enumeración y sistematización. En tal sentido, el propio autor nos concede el beneficio de poder aproximarnos a lo que trata de poner de relieve:

*“El número de conceptos jurídicos fundamentales es grande, aun cuando no inmenso. Existen varias posibilidades para su sistematización, pero no todas definitivas, de igual manera como también las categorías del pensamiento y del ser se resisten contra todos los esfuerzos de la filosofía por su completa enumeración y sistematización”*¹⁰².

El objetivo central de Kaufmann es mostrar la relación entre los conceptos y sus contenidos. No es el objeto de este estudio –creo que tampoco el de su obra– referirse a todo el universo conceptual del Derecho. No obstante, pudiéramos mostrar solo algunos de los tópicos que son escogidos dentro de la muestra conceptual del autor. Muchos de ellos son considerados por los autores de *“teoría del derecho”*¹⁰³.

El primer concepto escogido por Kaufmann es el de norma jurídica, en el desarrollo del mismo, diferencia de acuerdo a sus componentes entre normas jurídicas completas o independientes y las incompletas o dependientes. Las primeras están compuestas de supuesto de hecho, consecuencia jurídica y subsunción de la consecuencia jurídica bajo el supuesto de hecho (disposición de validez). Las normas jurídicas incompletas son aquellas en que falta alguno de los componentes antes mencionados. Adicionalmente Kaufmann realiza una clasificación de las normas de acuerdo a criterios como: contenido; ámbito de validez; fuerza de validez; derecho regla y derecho contrario a la regla y Derecho estricto (*ius singulare*) y Derecho equitativo (*ius aequum*)¹⁰⁴. Otro de los conceptos explicados, someramente, por Kaufmann es el de

¹⁰² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 206.

¹⁰³ De gran valor pedagógico es la obra de Luis Prieto Sanchiz, *Apuntes de teoría del Derecho*, Editorial Trotta, sexta edición, Madrid, 2011.

¹⁰⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 205 y 209. Sobre la estructura y definición de la norma ha escrito Luis Prieto Sanchis “En los estudios sobre la teoría de la norma jurídica parece haberse consolidado una explicación formulada por un autor ya citado el finlandés Von Wright, quien propuso distinguir otros elementos: carácter, contenido, condición de aplicación, autoridad,

“fuente del Derecho”. Su apreciación del tema nos aproxima a la relación del Derecho con la vida diaria. En tal sentido señala que las fuentes del Derecho en sentido estricto son solo normas que están determinados para la decisión jurídica sobre supuestos de hecho de la vida, no (como, por ejemplo, un libro de doctrina jurídica) aquello que sirve para el hallazgo o comprensión de las fuentes del Derecho¹⁰⁵.

El siguiente de los conceptos jurídicos a los que se refiere Kaufmann es el de *“hechos jurídicos”*. Su desarrollo lleva de una forma natural al concepto de acción que tanta significación tiene para la filosofía. En tal sentido señala:

“El hecho jurídico más importante es la acción en sentido jurídico. Se puede definir como la conformación “responsable” y significativa de la realidad con las consecuencias causales (en sentido amplio) que la voluntad puede controlar (imputables, por tanto, a quien actúa). Bajo este concepto de actuación se contemplan no solo comportamientos jurídicos y antijurídicos, intencionales y

sujeto, ocasión, promulgación y sanación. Los tres primeros constituirían el núcleo normativo que estaría presente en toda norma, no solo regulativa o prescriptiva; los tres siguientes serían propios o distintivos de esta última clase de normas; y las dos últimas permitirían también perfilar la naturaleza de las prescripciones, aunque no se encuentren necesariamente en ellas”. Ver Luis Sanchís Prieto, ob. cit., p. 53.

¹⁰⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 209. Luis Prieto tomando elementos de Hart (específicamente, las reglas de cambio, señala sobre la costumbre: “Tal vez aquí proceda comenzar con una aproximación negativa, indicando lo que no son las fuentes del Derecho. En primer lugar, y pese a lo que sugiere la expresión, el Derecho no es un fenómeno natural que, como el agua, mane espontáneamente de alguna misteriosa fuente supraempírica. Esta “apelación hidráulica” (Pérez Luño) es tan solo una metáfora. El Derecho es un artificio, un producto que tiene su origen en la voluntad de los hombres y, por tanto, solo estos son “fuente” del Derecho. Esta es tal vez una de las tesis positivistas (del positivismo metodológico o conceptual) menos controvertidas: el Derecho es un producto social cuyo origen (cuya fuente) no está fuera de la sociedad, sino dentro de ella, en la práctica real de sus componentes. Asimismo, en segundo término, la comentada expresión pudiera dar a entender que, dado que, sin el origen del Derecho, las fuentes se sitúan fuera del Derecho mismo, como una realidad prejurídica no regulada. Tampoco esta imagen es del todo acertada, al menos si se formula con carácter general. Dejando a un lado el caso de las fuentes *extra ordinem* (la constitución originaria y ciertas costumbres), lo normal es que el Derecho regule su propia creación, de manera que las fuentes del Derecho son el nombre con el que se designan determinadas operaciones que se verifican dentro del propio Derecho, es decir, operaciones que no sólo dan lugar a la creación del Derecho, sino que se hallan ellas mismas reguladas por el Derecho. Recordemos que esta es la función de un tipo de reglas secundarias, las llamadas reglas de cambio”. Ver Luis Prieto Sanchis, ob. cit., pp. 151 y 152.

*negligentes, culminados e iniciados, de autoría y complicidad, sino, junto al actuar activo, también la omisión en el sentido de un acto no realizado, pero cuya realización era esperada por el orden jurídico. Actuación en relación con el evitar un resultado jurídicamente relevante*¹⁰⁶.

En otro orden de ideas Kaufmann hace mención del concepto de relación jurídica. Lo cual para él es una relación entre personas, o entre personas y cosas, jurídicamente relevante la cual es regulada a través del Derecho objetivo lo cual muestra su carácter relacional. Con respecto al Derecho subjetivo, que califica como facultad, señala que es la voluntad de poder otorgada a través del Derecho objetivo para la realización (autónoma) de un interés jurídicamente protegido. Lo central de su concepción está formulado en términos de “*cómo se comportan el Derecho objetivo y el subjetivo*” entre sí lo cual refiere a la correspondiente concepción de Estado. Así nos indica que:

*“En estados autoritarios no existen derechos subjetivos originarios, dichos derechos son concedidos al individuo a través del Estado. Según la concepción del estado de Derecho liberal, por el contrario, el individuo posee derechos subjetivos originarios (derechos fundamentales, derechos humanos) que son anteriores al Estado (él los debe respetar y no debe agredir su contenido esencial)”*¹⁰⁷.

El último de los conceptos a que se refiere Kaufmann es el de los sujetos de Derecho que son aquellos que pueden tener derechos y obligaciones. Frente a la persona natural, frente a la cual parece haber muy poca cosa que discutir. Las jurídicas generan mayores discusiones. En tal sentido se han generado teorías que pretenden dar explicación a un

¹⁰⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 211. En nuestro libro *Los llamados actos intencionales en la consideración del filósofo de hoy* (2017) nos referíamos a la “acción intencional” en la obra de G.E.M. Anscombe. En la misma obra mencionábamos el importante libro de Michael Thompson referente a la acción. Ver Michael Thompson, *Life and Action. Elementary Structures of Practice and Practical Thought*, Harvard University Press, Cambridge, 2008.

¹⁰⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 213. En Radbruch lo objetivo y subjetivo en lo que él llama “la psicología del hombre de Derecho” permite visualizar dos actitudes diferentes: la del hombre de Derecho en el Derecho objetivo que caracteriza al juez; y la subjetiva que define la figura del luchador por el Derecho. Ver Gustav Radbruch, ob. cit., p. 189.

hecho evidente: ¿por qué el Derecho atribuye derechos y obligaciones a personas que no son hombres o personas naturales? Al efecto, se han elaborado teorías como la de la ficción; la del goce y la de la personalidad real de la asociación. La explicación que proporciona Radbruch constituye un excelente resumen de las tesis en boga para el momento de génesis de su obra:

“La afirmación de la capacidad jurídica de las personas jurídicas ha proporcionado dificultades, desde hace tiempo, a la teoría del Derecho. a.a) La teoría de la ficción (Savigny, Windscheid) establece que solo el hombre puede ser jurídicamente capaz, la capacidad jurídica de las así llamadas personas jurídicas sería capacidad ficticia; b.b) la teoría de goce (v Jhering) cuestiona entre sí una personalidad ficticia de la persona jurídica; jurídicamente capaces no son ni el Estado, ni una fundación, etc., como tales, sino aquellas personas naturales que se valgan de dichas figuras. La última teoría nombrada está en contradicción con el Derecho vigente, pero la afirmación según la cual la persona jurídica no sería real sino una ficción tampoco es satisfactoria; en el extremo opuesto se encuentra c.c) la teoría de la personalidad real de la asociación (v Gierke) la cual establece que en relación con las personas jurídicas se trata, lo mismo que respecto a los seres humanos, de una figura con un organismo supraindividual; esta teoría que ya por causa del manifiesto ontologismo es sospechosa, fracasa por lo menos en relación con la fundación; d.d) correcto podría ser la concepción que no ve en la persona jurídica ni a una persona en el mismo sentido y de la misma estructura real del hombre, ni, tampoco, solo una ficción que carece de toda realidad, sino una configuración real (de acuerdo con la finalidad patrimonial una persona con finalidad) la cual, en comparación con los hombres, se puede caracterizar como persona en sentido analógico. Si se tiene en cuenta esto, entonces no se puede objetar nada en contra de la caracterización de la persona jurídica como una unidad estructural, reconocida por el orden jurídico como portadora independiente de derechos”¹⁰⁸.

Las líneas finales del texto comentado son sugerentes de una forma de regular del Derecho fundamentada en finalidades lo cual puede

¹⁰⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 216 y 217.

exigir una forma de organización que se ha ido complejizando de tal forma, que no puede ser simplemente entendida como agregación de personas físicas. Por ejemplo, en materia de sociedades corporativas no solo le damos a la sociedad una personalidad jurídica, sino que adicionalmente la dotamos de un espíritu corporativo. Le proporcionamos órganos como en el cuerpo humano o en un motor (partes) que la independizan de la voluntad –contraria al interés societario– de los propios socios los cuales en sociedades abiertas pueden llegar a ser tantos y tan cambiantes que hacen imposible relacionar –en muchos casos– a la sociedad con todos ellos. La última mención de Kaufmann con respecto a la analogía no hace sino recurrir a un viejo recurso de formas menos desarrolladas de religiosidad (en realidad la tentación a no acudir a ella se hace a veces difícil) en la cual la identificación de lo divino se relaciona con lo que conocemos (humano). En la historia del Derecho vemos todo un proceso evolutivo (evidente en materia de responsabilidad penal) donde pasamos de una responsabilidad colectiva, a una individual, para tratar de explicar desde hace un tiempo cómo es la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En otros sectores del Derecho tratamos, bajo distintas justificaciones, de prescindir de la personalidad jurídica de las sociedades (levantamiento del velo corporativo) para exigir la responsabilidad de los socios. En todo caso el hombre ha inventado instituciones desde los comienzos de la cultura humana y la única forma de regularlas es la misma que utilizamos para las personas naturales. En este caso la realidad “creada” se impone a la natural. Como dice Yuval Noah Harari:

“Después de la revolución agrícola las sociedades humanas crecieron de forma más grande y compleja, mientras las construcciones imaginadas que sostenían al orden social se fueron haciendo más complejas. Los mitos y las ficciones acostumbraron a las personas, casi desde su nacimiento, a pensar de cierta manera, a actuar de acuerdo con ciertos estándares y a observar ciertas reglas. Ellos desarrollaron instintos artificiales que le permitieron a millones de extraños colaborar de forma efectiva. Esta red de instintos artificiales ha sido llamada cultura”¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Yuval Noah Harari, *Sapiens A Brief History of Humankind*, Harper Collins Publishers, New York, 2015, p. 163.

CUARTA PARTE EL DERECHO Y EL LENGUAJE EN LA OBRA DE KAUFMANN

La relación Derecho-lenguaje parte en Kaufmann de la pregunta ¿cómo constituye Derecho el lenguaje? En el inicio de su reflexión está presente la obra de Wilhelm von Humboldt y en el desarrollo recurre constantemente a Wittgenstein lo cual lo localiza, filosóficamente hablando, en una época en la cual el problema “*Derecho lenguaje adquiere gran relevancia*”¹¹⁰.

Refiriéndonos al tema planteado por Kaufmann podemos citar su planteamiento inicial:

“El Derecho es un “mundo”, y todo “mundo”, lo sabemos desde las investigaciones lingüísticas de Wilhelm von Humboldt, es un producto del lenguaje y este no existe fuera del lenguaje; Humboldt habla de una “transformación del mundo en lenguaje”, con lo cual naturalmente no se permite identificar sin más ni más, “mundo” con “realidad”, aun cuando ella también se configura por medio del lenguaje. Y puesto que ningún hombre tiene el mismo lenguaje que cualquier otro, nadie tiene, tampoco, el mismo mundo que los otros tienen. Obviamente la socialización genera desde la más tierna edad –el niño aprende realidad y lenguaje a un mismo tiempo– un alto grado de comunidad, y esto también es válido para la “cosmovisión del jurista”; de todos modos, en lo que a esto se refiere, no es nada diferente a cada “cosmovisión”: ningún jurista tiene

¹¹⁰ Naucke y Harzer señalan: “Esta es un área científica –al igual que la lógica jurídica– que intenta seguir tras el significado de la dependencia lingüística del Derecho ¿qué consecuencias tiene para el origen, validez y aplicación del Derecho positivo la circunstancia de que se discuta, establezca, mantenga en vigencia, publique y desarrolle con signos lingüísticos? en esta cuestión se han originado distintas disciplinas parciales científicamente puras, es decir, disciplinas que no prestan atención a contenidos jurídicos y que se interfieren entre ellas y la lógica jurídica: La hermenéutica (jurídica), teoría de las condiciones bajo las cuales un texto jurídico hablado o escrito puede ser entendido. La semiótica (jurídica) teoría de los signos del entendimiento dentro de los cuales se encuentra el lenguaje. La informática jurídica, investigación de la cuestión referente a si el lenguaje de un Derecho positivo puede ser ‘formalizado’, es decir, si se lo puede liberar de las ambigüedades e imprecisiones a tal punto que se deba organizar la asistencia de la elaboración automática en la discusión de problemas de Derecho positivo”. Ver Wolfgang Naucke y Regina Harzer, *Filosofía del Derecho. Conceptos básicos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 148.

la misma “visión” del Derecho que otro de sus colegas, ninguno utiliza el mismo lenguaje, más aun cuando el lenguaje de la ley es, en casi todos los casos, muy poco preciso para determinar en forma tajante el uso del lenguaje”¹¹¹.

Lo que llama la atención en el texto anterior es que partiendo del lenguaje el autor que estudiamos nos coloque frente a la “*cosmovisión del jurista*”. Ciertamente es más complicado de lo que parece creer decir y nos relaciona con algo de lo que Radbruch planteaba con respecto a la idea del Derecho. En el tema particular del lenguaje pudiera haber una limitación (como la tiene el lenguaje de la ley) al pretender reducirlo todo a formas nominativas aceptadas por todos los juristas. En mi opinión pareciera que el lenguaje –única forma de expresar lo percibido y lo pensado con respecto a lo percibido– fuera de alcance limitado –al menos para el jurista que es el caso que nos ocupa– para expresar una idea que tiene componentes múltiples difíciles de ensamblar en un concepto común. En los términos anteriores podemos entender –en nuestra forma de ver las cosas– como Kaufmann trata de vincular al lenguaje con la cosmovisión del jurista lo que parece complicado de entender frente a visiones particulares. De cualquier forma, hay un esfuerzo importante por dejar sobre la mesa las antinomias que puede ser que no tengan solución definitiva, pero constituyen un inagotable material para la reflexión.

¹¹¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 225. Sin pretender ahondar en este tema de mundo y realidad al que hace referencia Kaufmann; ni profundizar en la teoría de Frege acerca de “sentido y referencia” y la de Wittgenstein de proposición que tuvieron un importante alcance para el positivismo lógico podemos mencionar lo señalado por Maribel Narváez Mora para ilustrar el tema del mundo y realidad: “Wittgenstein creyó haber satisfecho su propósito de resolver todos los problemas filosóficos ofreciendo una teoría metafísica: a menos que el mundo esté compuesto por elementos simples cuyas combinaciones posibles den lugar a hechos atómicos, no puede existir un lenguaje que represente la realidad. Sin la apelación a la verdad con el alcance que Frege le daba no había manera de justificar la adquisición de conocimiento. Sin la apelación al isomorfismo entre mundo y lenguaje, realizado por Wittgenstein, no había forma de construir un lenguaje significativo o que represente el mundo. Todo ello se encuentra enmarcado en un proyecto en el que la idea de conocimiento objetivo es fundamental. Pero las consecuencias de usar dichas construcciones fuera de su ámbito de interés suponen una distorsión, por ejemplo, si se usan para explicar los lenguajes naturales”. Ver Maribel Narváez Mora, *Wittgenstein y la teoría del Derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 53.

Probablemente Kaufmann entra en el recuento de algunos detalles más curiosos (pueden ser anecdóticos) con respecto al estilo jurídico. Lo anterior tiene algún interés especialmente en lo relativo al estilo en el Derecho alemán. Como en otros temas menciona a Radbruch quien le otorga al lenguaje jurídico, ante todo el lenguaje de la ley, un valor estético especial en razón de su laconismo, de su frialdad y sobriedad, de su renuncia a todo elemento persuasivo, de su omisión de todo elemento didáctico¹¹². Lo didáctico señalado por Kaufmann adquiere relevancia frente a planteamientos como el de Hart, secundado por Finnis, con respecto a la perspectiva interna del que se siente obligado por la norma. A fin de cuentas, el Derecho se dirige más al ciudadano que al jurista. En el ciudadano consigue la fuente de su legitimidad. En su cita de Hume Kaufmann nos aproxima a una concepción del Derecho como una forma de lenguaje. Así señala:

“Ya David Hume había concebido al Derecho en su Treatise on Human Nature como una forma de lenguaje. Y, con ello, tomó de referencia un punto de vista nominalista en extremo. De acuerdo con su doctrina las cualidades jurídicas, como por ejemplo la propiedad, serán únicamente “asignadas”, pues a ellas no les subyace nada comprensible empíricamente. El Derecho sería un grupo de signos establecidos con el fin de que nosotros nos podamos poner de acuerdo sobre la asignación válida de ciertas cualidades imaginarias, las cuales son consideradas por la comunidad como importantes. La efectividad discursiva e informática de tal sistema de signos dependerá con ello, de en qué medida la convención que le sirve de fundamento es aceptada. Las normas jurídicas serían propuestas para la constitución de un lenguaje pragmático útil, de una técnica de comunicación para superar las divergencias y para el entendimiento entre adversarios que viven en el mismo grupo social. Hume estaba convencido que la ventaja de la existencia de un fundamento –por ejemplo, de un acto de voluntad, en consecuencia del cual soy poseedor de una cosa– representa una pura hipocresía.

¹¹² Como dato curioso Kaufmann relata que la tradición cuenta que Stendhal mientras escribía la *Cartuja de Parma*, leía todas las mañanas el Código Civil francés para ponerse a tono, ya que el mismo era muy elogiado por la elegancia de su lenguaje. Del alemán señala Kaufmann hubiera sido difícil conseguir tales efectos no obstante estar redactado de forma exacta, más racional y lógica. Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 225.

Esto no solo sería algo ficticio, sino completamente irrelevante. No existiría nada que fuese algo así como una obligación, sería más bien, solo una “manera de hablar” a la cual le imputamos convencionalmente consecuencias materiales... estamos de acuerdo con Hume en que el Derecho se constituye a través del lenguaje”¹¹³.

El anterior planteamiento de Kaufmann que no solo se refiere al “nominalismo extremo” de Hume, nos habla de un acuerdo con respecto a signos que nos permitan entendernos entre nosotros: la efectividad del proceso en cuestión está sujeta a la aceptación de la convención que establece las fórmulas propuestas. Kaufmann podría lucir simplista al acoger una fórmula como “manera de hablar” para referirse a cómo manifestamos conceptos como el de obligación. Independientemente de la fórmula utilizada lo que quiere expresar, al menos para nosotros luce claro. Andrei Marmor lo explica de la siguiente forma:

“...es obvio que el contenido comunicado es en parte determinado por el sentido de las palabras que uno usa y parcialmente por ciertos hechos que deben ser conocidos por el que habla y el que escucha –tales como quien habla o de qué manera uno resalta algo”.

Más adelante señala el mismo autor que citamos:

“Por ahora, el punto esencial que debemos tener en mente es que toda interacción comunicativa está guiada por algunas normas que gobiernan la clase de contribución a la conversación que el que habla pretende realizar. Sin ese marco normativo, típicamente compartido por las partes relevantes de la conversación, la comunicación no puede ser posible”¹¹⁴.

¹¹³ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 229 y 230. Sobre el nominalismo de Hume, al que se refiere Kaufmann, señala Rodolfo Luis Vigo: “El genio crítico de Hume arremete, con las armas del nominalismo, contra la abstracción y los universales: “todas las ideas generales no son más que ideas particulares, unidas a un cierto término, que les da una significación amplia y lo hacen recordar ocasionalmente otras ideas individuales, que se asemejan a ellas”. Es decir que las ideas universales son representaciones o imágenes particulares semejantes que nuestra mente por costumbre evoca y las asocia, designándolas con un nombre común”. Ver Rodolfo Luis Vigo, *Visión crítica de la historia de la filosofía del Derecho*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, pp. 103 y 104.

¹¹⁴ Andrei Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton Foundations of Contemporary Philosophy, Princeton, 2011, pp. 139 y 141.

Kaufmann utiliza lo que él llama bidimensionalidad del lenguaje para criticar las dos –en mi opinión– grandes tendencias de la filosofía del lenguaje del siglo veinte representadas por Wittgenstein, Carnap y G.E. Moore. También hace referencia a Austin (de gran influencia en el positivismo analítico británico) y a Searle. Este último tuvo una notable importancia con su teoría de los actos de habla (*Speech act*) que tiene antecedentes que no pueden ser ignorados –aunque Kaufmann no lo menciona– en la teoría de los actos sociales de Adolf Reinach.

El siguiente párrafo del autor en estudio es significativo de su manera de ver algunas de las posiciones filosóficas en boga relativas al lenguaje. El valor de sus comentarios nos ubica en la posición de un jurista extremadamente formado en filosofía que pretende aportar elementos de análisis para un tema central en la filosofía del Derecho de la postguerra. Así señala:

“En la filosofía del lenguaje reciente se han formado –si es posible aquí simplificar por una vez algo– esencialmente dos corrientes representadas por Wittgenstein del Tractatus y por el Wittgenstein de las Investigaciones filosóficas. Una corriente se esfuerza por la creación de un lenguaje ideal, un lenguaje artificial estrictamente formal, en el cual solo pueden ser utilizados símbolos claros, a fin de que mediante tal “manera de hablar formal” (Carnap) se proteja a la ciencia de usos lingüísticos sin sentido y de los problemas aparentes que de allí resultan. La otra corriente, iniciada por el filósofo inglés G.E. Moore, que parte del “lenguaje normal hablado”, ordinary language philosophy, tiene como finalidad reducir palabras provenientes de la esfera metafísica a su significado original y, a través de la utilización correcta del lenguaje natural, eliminar ambigüedades conceptuales (aquí se halla también fundamentada la teoría de los actos de habla de Austin y de Searle). Con la corriente lingüística ideal la filosofía tiene por tarea purificar al lenguaje; con la corriente lingüística normal, por el contrario, el lenguaje tiene por tarea purificar a la filosofía”.

Ninguna de las dos corrientes ha podido triunfar sobre la otra. No se incurre en un error si se determina el motivo de ello en la estructura del lenguaje mismo, en lo que yo quisiera denominar bidimensionalidad

del lenguaje. El lenguaje vivo se mueve siempre en dos planos, como quien dice, uno horizontal o lineal y uno vertical o trascendental. En el primer plano tenemos que ver con la dimensión categorial del lenguaje, con el lenguaje digital; se trata de claridad lógico-formal y de exactitud, las cuales se deben alcanzar a través de la abstracción y de las reglas del lenguaje; bajo determinadas circunstancias, por medio de la utilización de lenguajes artificiales (la función operativa o función significativa del lenguaje). En el segundo plano tenemos que ver con la dimensión intencional-metafórica del lenguaje, con lenguaje analógico. Aquí se trata del sentido lógico trascendental del lenguaje, el cual excluye claridad y exactitud de la “lógica de la cosa” (la función comunicativa o función simbólica del lenguaje). El lenguaje digital es puramente reproductivo sin función innovadora; el lenguaje analógico, por el contrario, es productivo e innovador. Con el lenguaje realmente entrelazan siempre ambas dimensiones, no se trata de o bien este o bien aquel, sino de un más o menos. Un lenguaje unidimensional sería, o bien solo vertical y, por tanto, de significados tan ambivalentes que no se podría nombrar o comprender nada más, o bien solo horizontal, y con ello de tal manera unívoco que no sería algo viviente y solo lo podrían hablar seres que fueran tan insensibles, tan carentes de humor y de pasión como un computador (no tengo nada contra el computador, que es un maestro del número, pero él desconoce ciertamente la palabra). El lenguaje vive y se renueva siempre a partir del lenguaje corriente, si el lenguaje técnico pierde su conexión con el lenguaje corriente entonces muere.

Lo dicho concierne también a la relación entre lenguaje corriente (lenguaje normal) y lenguaje técnico, con lo cual aquí solo se debe considerar el lenguaje técnico jurídico, en especial el lenguaje de la ley. Con todo se debe observar que el lenguaje técnico jurídico no es un lenguaje científico, pues sintaxis y semántica no se fundamentan en reglas explícitas. En el fondo no es ni siquiera un lenguaje técnico sino, más bien, un lenguaje corporativo de los juristas, pues aquí los técnicos se ponen de acuerdo sobre un determinado uso del lenguaje. Rudolf Wassermann lo llama un “lenguaje corriente técnico”¹¹⁵.

¹¹⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 231 a 233. Kaufmann toca –no sabemos si con toda claridad– temas centrales como lenguaje vivo e ideal, lenguaje artificial y lenguaje técnico. Si bien no

En esta parte de su trabajo Kaufmann no se refiere expresamente a Hart, pero sí a autores que tuvieron influencia sobre su filosofía del lenguaje la cual es fundamental para entender la filosofía jurídica de la postguerra. Así nos señala Andrei Marmor:

“El importante rol que la filosofía del lenguaje juega en la articulación de ciertos aspectos de Derecho ha sido bien reconocido por H.L.A. Hart. A lo largo de sus escritos, Hart deja claro que él ve al entendimiento del lenguaje como central para su método de entender el Derecho. Algunos críticos no han entendido esta perspectiva metodológica, alegando que lo que Hart persigue es un análisis de lenguaje ordinario relativo al significado de la palabra Derecho. De hecho, él no solo no se ha visto envuelto en nada parecido a un análisis lingüístico del Derecho, sino que adicionalmente ha manifestado que esa actividad es totalmente improductiva. La filosofía del lenguaje es central para el entendimiento del Derecho por razones diferentes. El Derecho... consiste en directivas autoritativas. El contenido del Derecho es equivalente al contenido que es comunicado por varias autoridades legales. Las autoridades se comunican, por supuesto, en un lenguaje natural. Entonces, un

se refiere a Quine que tanta influencia ha tenido en la filosofía del lenguaje de la segunda mitad del siglo veinte y en la filosofía jurídica naturalista el mismo se refiere a algunos temas de los planteados por Kaufmann. En efecto Quine señala: “El lenguaje es en perpetuo movimiento. Cada uno de nosotros aprende su propio lenguaje dependiendo fuertemente de la analogía, interpretando o fabricando frases adicionales por analogía con frases que hemos aprendido anteriormente; y esta fuerza de la analogía reacciona sobre el lenguaje a lo largo de los años, igualando excepciones y forzando formas extrañas en modos más comunes... Los cambios en el medio ambiente y en la cultura material afectan la frecuencia relativa de las ocasiones en las que usamos diversas palabras, tal como señala George Zipf en la *Sicobiología del lenguaje*, la forma de la palabra es afectada por su frecuencia”. Con respecto a los lenguajes artificiales, el mismo autor señala: “In recent years there has been a conspicuous outgrowth of mathematical notation, and more particularly of the notation of mathematical logic, that is somewhat nearer in spirit to the old full-scale artificial languages after all. I refer to Fortran, Loglan, and the other artificial languages that have been devised for the programming of computers. They have been proliferating much as the old artificial languages did, and the joy of tinkering is again no doubt a factor in the proliferation. But they are subject now to Sharp and rigid criteria of selection, for their efficiency can be strictly measured in computer time. They are new breed of artificial languages, media of artificial intelligence in an ever more artificial world”. Ver W.V. Quine, *Quiddities An Intermittently Philosophical Dictionary*, Harvard University Press, Cambridge, 1987, pp. 11, 12 y 111.

entendimiento de cómo la comunicación lingüística opera y, en particular, cuánto es actualmente determinada por varios aspectos del lenguaje tanto pragmáticos como semánticos, es esencial para entender lo que el Derecho es”¹¹⁶.

El tema del lenguaje natural al cual acabamos de referirnos en Marmor es considerado por Kaufmann de la siguiente manera:

“...las reglas de la vida social en comunidad no se le transmiten al ciudadano a través de las leyes, él las aprende, más bien en la comunicación cotidiana y en la comunicación activa entre personas (en la “interacción”, como dicen algunos sociólogos al usar una expresión poco afortunada). Sus representaciones sobre lo que es jurídico o antijurídico tampoco se mueven, por tanto, dentro de las categorías del lenguaje legal, sino que están condicionados por el lenguaje corriente. Y por ello tampoco la conciencia de lo antijurídico, así como la tiene el autor en el momento del crimen, está impregnada de una representación específicamente jurídica, sino que está impregnada por el saber sobre el significado social del hecho”¹¹⁷.

Pero el tema de la comunicación de las directivas autoritativas, tal como lo señalaba Marmor, en Kaufmann asume una consideración adicional. No se trata solo de dar a conocer la ley a los juristas y ciudadanos lo cual requeriría en los segundos lo que probablemente María Teresa, con algo de exageración, ordenó para Hungría *“que la institución encargada de expedir la legislación tenía que incorporar un ‘hombre ignorante’: si él no comprendía el proyecto, entonces este debía redactarse de nuevo”*. Es lógico que lo que se entiende fácilmente —en el caso de los ciudadanos— es más fácil de conocer. Para Kaufmann la realidad es completamente distinta, hay sobre todo un tema de fijación del auténtico temor literal de la ley. No obstante, el asunto toca temas tan sensibles como el relativo, en última instancia, a la escogencia —si ese fuera el caso— entre seguridad jurídica y fundamentación del Derecho (si la finalidad es fundamentar eso se lograría más fácilmente con un

¹¹⁶ Andrei Marmor, ob. cit., p. 136.

¹¹⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 236 a 237.

lenguaje al alcance de todos). Para poner sobre el terreno el problema Kaufmann recurre a Feuerbach:

“El gran logro de la época del estado de Derecho liberal desde los días del genial Paul Johan Anselm v Feuerbach es la idea de que la función de la ley no se encuentra tan solo en la fundamentación, sino por, sobre todo, en la limitación del poder del Estado, en especial del poder de castigar, en la garantía para los ciudadanos de ser llamados a responder solo dentro de las fronteras de la ley. En esta ficción de garantía se encuentra el sentido del principio nulla poena sine lege. Y sólo a partir de allí se explica el lenguaje peculiar de la ley. No se trata, por lo menos no de manera primaria, de una información de contenido sino de la garantía de seguridad jurídica y con ello de una forma que pone límites. En la formulación de los supuestos de hecho el legislador debe en consecuencia esforzarse por la mayor exactitud posible, así sea al costo de la claridad y de la popularidad. El ideal sería, de acuerdo con lo aquí expuesto, el lenguaje unívoco en donde no hay nada que aclarar”¹¹⁸.

Pero el lenguaje unívoco del cual nos habla Kaufmann en el texto citado no parece satisfacer —en su propia opinión— los requerimientos del mundo de hoy, no obstante, lo anterior, pareciera que en el mundo del espíritu en general y de la jurisprudencia en particular hubiera una tendencia hacia el racionalismo que se remonta a Leibniz. En tal sentido señala el autor *in comento*:

“En las ciencias del espíritu..., especialmente en la jurisprudencia, florece aun el racionalismo como en los tiempos de Leibniz; predo-

¹¹⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 239 a 240. En el campo del Derecho penal se asocia a Feuerbach con el principio de la legalidad en materia penal: *nullun crimen, nulla poena sine lege*. Feuerbach a quien se relaciona con Hegel fue el padre del famoso filósofo alemán Ludwig Feuerbach y redactor del Código Penal de Baviera de 1813. En la actualidad su teoría ha sido estudiada con el objeto de distinguir su “garantismo” como de mera legalidad penal del de Ferrajoli de estricta legalidad penal. Detrás de todo el tema hay algo más trascendente señalado por Vincenzo Ferrone: “...el gran debate europeo que se desarrolló después de la publicación en 1764 ‘De los delitos y de las penas’ de Beccaria fue el comienzo de un largo proceso que eventualmente produjo un cambio de foco desde la lucha por los derechos civiles a los derechos políticos y sociales”. Lo anterior justifica el énfasis de Kaufmann en el tema de “la limitación del poder del Estado”. Ver Vincenzo Ferrone, *The Enlightenment. History of an Idea*, Princeton University Press, 2017, p. 152.

mina la concepción según la cual el mundo, en todo caso el mundo de la ciencia, crece dividido por la razón sin reserva. La racionalidad del conocer y del afirmar vale para muchos como el criterio de la cientificidad por antonomasia. En forma correspondiente, también la ley jurídica se comprende como un constructo racional, que solo puede ser interpretado de manera racional”¹¹⁹.

A continuación, Kaufmann trata de responder a la pregunta ¿el computador como juez? En este sentido se refiere –tomando a Winfried Hassenmer– a una formalización del lenguaje legal y de la interpretación legal lo cual es solo posible en la medida en que la norma legal, tanto en el aspecto sintáctico, como en el semántico, se traduzca en un lenguaje de signos simbólicos. Esto presupone, una vez más, que el legislador conozca la suma de las decisiones correctas de casos y las fije a través de las correspondientes reglas de lenguaje. Con ello quedaría libre el camino hacia la jurisprudencia por computador. Solo que lo que resultaría de ello sería, seguramente, un derecho diferente al que surge de la jurisprudencia sentada por los jueces: un derecho en el que el principio de igualdad se manipulará en forma completamente mecánica, que no considera de ninguna manera la situación histórica concreta, ni la individualidad; una caricatura de la justicia ciega, la cual dictamina “*sin tener en cuenta a la persona*”; un Derecho impersonal y sin historia¹²⁰.

¹¹⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 241. Sobre Leibniz, ratificando algunos de los comentarios de Kaufmann señala Rodolfo Luis Vigo: “es indudable que Leibniz intentará desarrollar una teoría jurídica rigurosamente idealista y que tenga el rigor de las matemáticas, y así claramente lo expresa: ‘La teoría jurídica cuenta entre aquellas ciencias que no dependen de la experiencia, sino de definiciones, no de pruebas de los sentidos, sino de la razón’, y refiriéndose a la justicia que incluye ‘entre las verdades eternas y necesarias’: nos dice Leibniz que del concepto de la misma ‘pueden extraerse consecuencias seguras, según las leyes inquebrantables de la lógica; del que pueden deducirse evidencias necesarias y demostrables que no dependen de hechos, sino solo de la razón, como la lógica, la metafísica, la aritmética, la geometría, la dinámica, y también, la ciencia jurídica’. Sin embargo, Leibniz no admite la resistencia a la desobediencia del Derecho humano, aun cuando sea notoria su injusticia”. Ver Rodolfo Luis Vigo, ob. cit., pp. 85 y 86.

¹²⁰ La última parte del *Principia iuris* de Ferrajoli presenta un esfuerzo interesante por formalizar el “lenguaje de la teoría axiomatizada del Derecho”. Dicho lenguaje formalizado está definido por el vocabulario y por las reglas. Dichas reglas –según el autor– sobre las que se construye su lenguaje no pertenecen a la teoría y no se formulan en lenguaje teórico. “Son más bien expresiones metateóricas que determinan la estructura sintáctica de la teoría, esto

Ciertamente que lo señalado por Kaufmann no excluye que los vacíos puestos de relieve por él no pudieron ser aportados, al menos en un comienzo, por el juez que nunca debería faltar a pesar de tener ya avanzada toda la información requerida. Ciertamente que ese tipo “diferente” de juez debería tener una formación que vaya más allá de la jurídica para comprender algunos de las carencias presentes en este tipo de proceso. A la larga lo que –por ejemplo– la inteligencia artificial puede aportar no se limita solo a la acumulación de información, sino a la elaboración de respuestas similares a las que un humano podría producir. Al final Kaufmann se da cuenta que estamos frente a un proceso irreversible que va a arropar a todas las ciencias. Por ello introduce elementos como la *fuzzy logic* (lógica difusa) para flexibilizar el proceso. Así nos señala que:

“De todos modos, es interesante que las personas dedicadas a la informática jurídica ahora se dispongan, con ayuda de la fuzzy logic, a hacer posible el manejo en computador de los conceptos jurídicos indeterminados e inclusive de la analogía (bajo la aplicación de redes neuronales). Este desarrollo será observado con cuidada curiosidad. Seguramente sería errado tildar con ligereza este intento como inútil. En todo caso, sea cual fuere la forma como este desarrollo tenga lugar, una analogía “calculada” no va a ser más en el sentido tradicional”¹²¹.

A fin de cuentas, la formalización del Derecho es posible y solo cabe alguna duda con respecto al alcance de la misma. Por ello, el

es, la sintaxis (o lógica) del lenguaje teórico. Se distinguen en dos clases: las reglas de formación y las reglas de transformación... La sintaxis de nuestro lenguaje teórico está definida por los tres siguientes elementos: 1) el vocabulario que es el conjunto de los símbolos que lo componen; 2) las reglas de formación, conforme a las cuales los símbolos del vocabulario teórico pueden ser combinados en expresiones bien formadas, y 3) las reglas de transformación, que son el conjunto de los axiomas, las reglas y las leyes lógicas que permiten la derivación de expresiones verdaderas a partir de otras expresiones precedentemente aceptadas como verdaderas, bien porque han sido asumidas como postulados o como definiciones, bien porque a su vez han sido derivadas de modo análogo”. Ver Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, Tomo 3, La sintaxis del Derecho, Editorial Trotta, Madrid, 2011, pp. 7 y 8. Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 241 y 242.

¹²¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 243.

propio Kaufmann señala: *“La distinción entre un ámbito apropiado para la formalización y un ámbito que no lo sea no es, por tanto, en esencia una cuestión cuantitativa, sino cualitativa, en la cual no existen fronteras definidas en forma tajante”*¹²². De forma extremadamente interesante Kaufmann utiliza el principio de separación de los poderes para relacionar al lenguaje de creación del Derecho del de aplicación del mismo:

*“Así el lenguaje crea el Derecho de doble manera: a través del acto de la fijación normativa y a través del acto de la decisión jurídica. La norma requiere siempre en forma reiterada de la decisión, para poder producir efectos como norma; por otra parte, la decisión requiere de la norma o de un principio para poder aspirar a tener validez. Fuerza de la ley y fuerza de Derecho están necesariamente relacionadas entre sí. No es que la fuerza de Derecho valga más que la fuerza de ley, como opinaba Oskar Bülow; no existe ninguna fuerza de ley sin fuerza de Derecho, así como, por otra parte, sin fuerza de ley (sin una forma efectiva) tampoco podría existir fuerza de Derecho. Esto no constituye ninguna contradicción al principio de la división de poderes, más bien, precisamente, su verdadero significado”*¹²³.

El tema anterior es planteado por Hart con respecto a las reglas de reconocimiento que son *“reglas para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de aplicación”* y las *“reglas de adjudicación”* *“que además de identificar a los individuos que pueden juzgar, definen también el procedimiento a seguir”*. Lo importante en este caso para Hart es la relación entre la regla de adjudicación y la de reconocimiento

¹²² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 244.

¹²³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 245. El tema planteado por Kaufmann es de suma importancia a la hora de determinar el alcance de la actividad judicial y por ende su independencia. Para Radbruch se trata de un tema de “fines”, así nos señala que: “El fin según frase de Jhering, es el creador de todo el Derecho. Mas este, apenas creado, niega ya a su propio creador, surgido de un fin, olvida pronto que su destino está en el cumplimiento de ese fin, y pretende valer tan solo por su mera existencia, es decir, quiere vivir como un fin en sí según propia legalidad. Temerosamente fue aislada la propia legalidad del Derecho de la actividad finalista del Estado, la judicatura de la administración. Este es el sentido del precepto básico de la independencia judicial”. Ver Gustav Radbruch, ob. cit., p. 309.

lo cual produce una dinámica de creación-aplicación del Derecho propia. Esto lo señala Hart en los siguientes términos:

“En verdad, un sistema que tiene reglas de adjudicación está también necesariamente comprometido a una regla de reconocimiento de tipo elemental e imperfecto. Esto es así porque, si los tribunales están facultados para hacer determinaciones revestidas de autoridad sobre el hecho de que una regla ha sido transgredida, no puede evitarse que ellas sean consideradas como determinaciones revestidas de autoridad acerca de cuáles son las reglas. Así, la regla que confiere jurisdicción es también una regla de reconocimiento que identifica a las reglas primarias a través de las decisiones de los tribunales y estas decisiones se convierten en una “fuente de Derecho”¹²⁴.

Indagando más en el proceso de creación de Derecho Kaufmann se introduce en el tema de la analogía. Su análisis parte de la diferenciación entre la igualdad material y la formal. En tal sentido su línea de argumentación se desarrolla así:

“Lo que en la jurisprudencia se llama tradicionalmente analogía se distingue de la creación normal de Derecho y, ante todo, de la llamada “interpretación teleológica” solo en razón del grado de extensio, pero no en razón de la estructura lógica del proceso. También la “subsunción corriente” es una analogía. Solo se podría entonces, separar básicamente subsunción de analogía si existiese una frontera lógica entre igualdad y similitud. Pero no existe esa frontera, pues la igualdad material es siempre solo similitud, e igualdad formal no se presenta en la realidad, ella “existe” solo en el campo de los números y los signos matemáticos (lógico-formales). Ante esta situación fracasa toda “prohibición de analogía”, así se pretenda, en razón de que no pueda ser fundamentada objetivamente, también conjurarla de manera enfática. O puesto así: el problema de la prohibición de la analogía es un problema dentro de lo analógico”.

¹²⁴ Ver H.L.A. Hart, ob. cit., pp. 120 y 121.

El hecho de que toda creación de Derecho represente un proceso analógico y exhiba, por tanto, la estructura de la extensión aclara también el fenómeno contemplado una y otra vez con asombro “*que la ley es más inteligente que el legislador*”; que a partir de la ley se pueden obtener decisiones que el legislador no había dispuesto en forma alguna.

Si se entiende la obtención de una sentencia jurídica concreta sencillamente como “*aplicación de la ley*”, entonces este fenómeno permanece como un acertijo sin solución. En efecto, se cree tener una explicación en la así llamada teoría de la interpretación objetiva, que no se orienta en la voluntad del legislador histórico, sino en el sentido de la ley que se transforma. Pero, ¿cómo así se transforma el sentido de la ley cuando el temor literal permanece igual? Esto es solo y únicamente del caso porque este sentido de la ley no solamente se esconde en la ley, sino de la misma forma en las circunstancias de hecho de la vida concreta para las que la ley está determinada. La interpretación objetiva de la ley es entonces, en verdad, no solo interpretación de la ley, sino que ella es ese complejo deductivo-inductivo: un suceso analógico, aquel ir y venir de la mirada entre la ley y la circunstancia de hecho concreta... Solo en razón de ese carácter analógico, de esa polaridad de supuesto de hecho y supuesto normativo, vive y crece el Derecho, posee la estructura de su ser propia de la historicidad¹²⁵.

Refiriéndose al legislador Kaufmann señala que la tarea del mismo es describir tipos. Para él los conceptos abstractos son de gran

¹²⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 247 y 248. Hart se refiere a la analogía en el capítulo primero de su obra *El concepto de Derecho* cuando trata de explicar que el propósito de su libro “no es dar una definición de Derecho, en el sentido de una regla según la cual se puede poner a prueba la corrección del uso de la palabra; su propósito es hacer avanzar la teoría jurídica proporcionando un análisis más elaborado de la estructura distinta de un sistema jurídico nacional, y una mejor comprensión de las semejanzas y diferencias entre el Derecho, la coerción y la moral como tipos de fenómenos sociales”. En las notas a dicho capítulo relativas a la página 18 el autor que comentamos se refiere a lo señalado por Wittgenstein con respecto a los juegos en el cual este indicaba al compararlos que “si los miras no verás si hay algo común a todos ellos por cierto algo que sea común a todos, sino que verás semejanzas, parentescos y por cierto toda una serie de ellos. Como se ha dicho: ¡no pienses, sino mira! En la misma nota Hart se refiere en su mención de la analogía a Aristóteles (*Ética a Nicómaco*) y a Austin (*The Province of Jurisprudence Determined*). Ver H.L.A. Hart, ob. cit., pp. 16 a 21 y 296. Ver Ludwig Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas*, ob. cit., p. 87 (apartado numerado 66).

importancia a la hora de configuración de la ley. Los mismos le confieren forma y garantizan la seguridad jurídica. No obstante, señala el autor que estudiamos: *“Pero es imposible describir un tipo en forma exacta; la descripción tan solo se puede acercar al tipo, este jamás podrá ser abarcado en los más finos detalles”*¹²⁶. La argumentación de Kaufmann se concentra alrededor de los límites que la realidad impone al legislador. Ese proceso de sintetización de la realidad en un tipo constituye la parte más compleja de la actividad legislativa. Para Kaufmann:

*“El propósito de la producción legislativa: la conceptualización de los tipos, es inalcanzable y en la creación concreta del Derecho se debe, por consiguiente, recurrir una y otra vez al tipo pensado por la ley. En esto consiste la esencia de la interpretación teleológica; la cual no trabaja con los conceptos legales definidos en forma abstracta y general sino con los tipos que se encuentran detrás; ella argumenta a partir de la “naturaleza de la cosa”*¹²⁷.

No sabemos el alcance completo que Kaufmann pretendió dar al concepto de *“naturaleza de la cosa”* lo cierto es que el mismo ha sido ampliamente discutido por prestarse a situaciones distintas a las planteadas por Kaufmann. Por ejemplo, el término naturaleza fue abiertamente criticado por el fenomenólogo Adolf Reinach que prefirió hablar de esencia¹²⁸. Por su parte Naucke y Harzer señalan:

“Son muy amplios los esfuerzos que tratan de explicar el manejo de la naturaleza de las cosas que sea algo más que puro adorno de la voluntad política. Al respecto se ofrecieron alternativas que presentan todas, la misma organización pretendiendo responder a la “naturaleza de las cosas”. Todas abren la posibilidad de concebir normas jurídicas, es decir, prescripciones obligatorias de acciones como resultado de procesos teóricos de reconocimiento, como reconocimiento de entes. Al jurista interesado en la teoría del Derecho, junto a la “naturaleza de las cosas” se le han confiado los siguientes caminos hacia el ser: reconocimiento de la esencia de un

¹²⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 251.

¹²⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 251.

¹²⁸ Adolf Reinach, ob. cit., pp. 158 y 159.

instituto jurídico (fenomenología jurídica), fuerza obligatoria de las estructuras ontológicas (del ser) en el Derecho, y observación de lo previamente dado al Derecho”¹²⁹.

Kaufmann trata de derivar de los conceptos de “jurisprudencia de concepto” y “jurisprudencia de interés” que es lo que permite ampliar el contenido de los conceptos y ajustarlos a una realidad en constante movimiento. En tal sentido señala Kaufmann:

“En el proceso de realización del Derecho tenemos que ver entonces con un constante cerrarse y abrirse y nuevamente cerrarse... de los conceptos legales; casi se podría llamar una dialéctica entre “jurisprudencia de concepto” y “jurisprudencia de interés” (con lo cual es reconocido que ambos contienen un aspecto correcto). El legislador intenta, de la manera más precisa posible, abarcar en conceptos las típicas circunstancias de hecho de la vida; la jurisprudencia debe saltar de nuevo sobre estos conceptos, pues ellos se manifiestan como muy limitados (“definidos”), para poder corresponder a las realidades de la vida; de inmediato comienza, sin embargo el procedimiento en dirección contraria, en la medida en que de aquí en adelante –por ejemplo por parte de los comentadores de la ley– se presenta una nueva definición “corregida” del concepto concerniente, que por su lado, en vista de la diversidad de la vida, una vez más tan solo podrá ser suficiente por un lapso mayor o menor, un proceso que nunca arribará a su fin”¹³⁰.

Kaufmann a fin de explicar –o al menos intentarlo– como se da en la realización del Derecho la correspondencia entre el mundo cotidiano y el de las normas (jurídico) recurre a la doctrina penal –de la cual tiene amplio conocimiento teórico y práctico– de la imputación. De la aplicación ya señalada concluye:

“Que el juez en el proceso penal debe asumir dos papeles, el papel de la ley y el papel del acusado. La “valoración paralela” se consume en el juez; él debe mediar entre el mundo del lenguaje

¹²⁹ Wolfgang Naucke y Regina Harzer, ob. cit., p. 164.

¹³⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 252.

corriente de quien infringe la ley penal y el mundo de lenguaje técnico de la ley penal. Por tal razón debe estar familiarizado con los dos lenguajes, el lenguaje del pueblo y el lenguaje de la ley. Esta exigencia, entre tanto, no la satisface muy frecuentemente el juez profesional. El peligro guarda relación con que el juez observe el mundo del actor en forma exagerada a través de los lentes de los conceptos legales que le son familiares y lo observe, en consecuencia, de manera distorsionada; que el juez, por tanto, no haga justicia a su segundo papel. Por este motivo se le ha puesto al servicio un juez laico (los otros motivos que se han aducido para explicar la institución de los jueces laicos son dudosos). La misma expresión juez laico indica que es un mediador, un traductor entre los laicos que no están informados del Derecho y quien ha estudiado la carrera para ser juez. Su tarea consiste en comprender tanto al actor como a la ley, o dicho así: el juez de profesión debe hacer comprensible la ley al juez laico; el juez laico debe hacer comprender el actor al juez profesional. Esto supone, sin embargo, que el lenguaje de la ley no se aleje demasiado del lenguaje corriente. Con leyes lingüísticamente sofisticadas no puede funcionar la valoración paralela”¹³¹.

Para concluir esta parte del análisis de Kaufmann podríamos señalar lo mencionado por Goethe citado por Radbruch: “*Toda palabra que se pronuncie entra en el círculo de las restantes fuerzas de la naturaleza necesariamente operantes*”. Para nosotros cabe lo mismo para toda palabra que se escriba, la jurídica, con mayor razón, no es la excepción¹³².

QUINTA PARTE

EL CONCEPTO DE DERECHO

Kaufmann se vale de la afirmación irónica de Kant: “*Todavía buscan los juristas una definición para su concepto de Derecho*” para buscar un concepto de Derecho que sea “*más que una designación formal de conjunto para el compendio de las leyes, y que diga algo sobre la realidad del contenido jurídico*”. Está claro que la búsqueda será

¹³¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 257 y 258.

¹³² Gustav Radbruch, ob. cit., pp. 212.

infructuosa si se pretende encontrar el concepto de Derecho. A la misma conclusión arribó Hart a pesar del título de su obra más importante¹³³.

Cuando el autor del que nos ocupamos realiza un recorrido rápido a través del pensamiento de los distintos autores –no todos filósofos del Derecho– se consigue con afirmaciones de tono realista como la de Wendell Holmes –ampliamente criticada por Hart– de que *“las profecías de lo que de hecho van a hacer las cortes, y más ninguna pretensión, es lo que yo entiendo por Derecho”*. Frase que por otra parte ha sido mal interpretada debido al contexto utilitarista dentro del cual fue formulada. En otro orden de intensidad diferente –evidentemente de una sustancialidad evidente– se han realizado intentos por definir al Derecho en términos de asociarlo con lo que se pretende relacionar indefectiblemente con él, ya se trate del ejercicio de tal concepto o de la búsqueda del mismo como un fin. Es el caso de Hegel que concibió al Derecho como libertad y de Kant que en forma menos enfática formuló que *“el Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro de acuerdo con una ley general de libertad”* lo que para Kaufmann se traduce en que el Derecho es una limitación igual de la libertad del individuo en favor de la libertad de todos¹³⁴.

¹³³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 265. Ver H.L.A. Hart, ob. cit., pp. 20 y 21.

¹³⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 266. Independientemente del concepto de Derecho que nos aporta Finnis el cual es de contenido amplio, lo importante para nosotros, en este caso, es la construcción del mismo: “Esta concepción multifacética del Derecho ha sido construida reflexivamente siguiendo las implicaciones de ciertas exigencias de la razón práctica, dados ciertos valores básicos y ciertas características empíricas de las personas y sus comunidades. La intención no ha sido lexicográfica; pero la construcción se sitúa bien dentro de los límites del uso común de “derecho” y de sus equivalentes en otros idiomas. La intención no ha sido describir órdenes sociales existentes; pero la construcción corresponde fielmente a muchos fenómenos sociales existentes que son considerados característicamente como casos centrales de Derecho, sistema jurídico, imperio de Derecho, etc. Sobre todo, el significado ha sido construido como un significado focal, no como una adopción del término derecho en un sentido unívoco que excluiría de la referencia del término todo lo que no consiga poseer todas las características (y en toda su extensión) del caso central. Y, lo que es igualmente importante, se ha reconocido plenamente que cada uno de los términos usados para expresar los elementos de la concepción (i.e. “producir”, “determinado”, “efectivo”, “una comunidad”, “sancionado” “guiado por reglas”, “razonable”, “no discriminatorio” “recíproco”, etc.) tiene en sí mismo un significado focal y una referencia primaria, y por consiguiente se extiende a los casos análogos y secundarios a los que le falta algo propio del caso central”. Ver John Finnis, ob. cit., pp. 304 y 305.

En Kaufmann lo que define su punto de partida acerca del Derecho y lo que da pie a cualquier tipo de análisis del desarrollo histórico del mismo es la “*legalización*” que se ha producido en la generación de juristas entre la cual le tocó vivir. Probablemente sus propias palabras lo expresen de forma más contundente:

“...para los juristas de la generación actual se hace difícil entender por “Derecho” algo distinto de lo que se entiende por “ley”. Ellos se quejan de la “juridificación” de nuestro mundo viviente y en realidad piensan con ello, en la “legalización”, ocasionando así un empobrecimiento del Derecho, en lugar de una contención del flujo de leyes”¹³⁵.

Lo anterior lleva a Kaufmann a un análisis histórico de la diferenciación Derecho-ley (detallado de forma muy precisa en autores como Santo Tomás de Aquino) que lleva a la siguiente conclusión que es valiosa en términos de darnos o al menos tratar de alcanzarlo “*un concepto real del Derecho*” así señala:

“Luego de la caída en la perversión legal de las dictaduras modernas no podemos conformarnos más con un concepto de Derecho nominalista y puramente formal; de acuerdo con esto el Derecho en sentido objetivo no es más que una denominación de conjunto (como un nombre), para la totalidad de las leyes positivas cuyo contenido es discrecional (en todo caso dentro del marco del orden constitucional). Nosotros necesitamos un concepto real de Derecho, que indique algo sobre el contenido del Derecho y sobre su realidad, más allá de la realidad de la ley”¹³⁶.

La anterior reflexión de Kaufmann adquiere particular y fundamental interés en países como el nuestro, donde la “*legalización*” independiente de contenido y contraria a los valores esenciales del Derecho (como la virtud y la justicia) pretende imponer a la sociedad leyes que lucen contrarias a los principios fundamentales del Derecho. Se pretende –en función de un pedigrí legal a veces inventado– imponer

¹³⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 267.

¹³⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 280.

una ley contraria a la coherencia requerida por un sistema legal de lo que Finnis llama el “*caso central*”. A veces es conveniente recordar lo que el jurista inglés del siglo XVI Christopher St German señalaba:

*“En toda ley positiva bien hecha hay alguna cosa de la ley de la razón...; y discernir la ley de la razón de la ley positiva es muy arduo. Mas, aunque sea arduo es muy necesario de toda doctrina moral y en todas las leyes hechas para el cuerpo político”*¹³⁷.

Kaufmann se pregunta sobre la posibilidad de alcanzar un concepto de Derecho general. Si usando el método inductivo nos volteamos hacia el mundo con el objeto de tratar de analizar todos los sucesos fácticos que podamos, no estamos seguros de poder llegar al fin deseado. Volvemos hacia el método deductivo nos va a llevar a un permanente regreso hacia el origen del contenido de los principios abstractos que seleccionemos para este fin. En Kaufmann la reflexión concluye al igual que en Tomás de Aquino, Adolf Merkel y Hans Kelsen con la consideración de la idea de Derecho. No es casual que el capítulo cuarto de la filosofía del Derecho de Radbruch referida “*al concepto del Derecho*” desarrolle de forma amplia “*la realidad referida a la idea del Derecho*”. De cualquier forma, es conveniente referirse a lo expuesto por Kaufmann:

“Se ha intentado con el método inductivo en cuanto, a partir de las situaciones reales concretas de la vida y utilizando la generalización de los rasgos esenciales que le son comunes, se aspiraba alcanzar un concepto de Derecho general. No obstante, a partir de sucesos fácticos, carentes de valoración, no se obtiene nunca un concepto de Derecho, el cual debe ser necesariamente normativo, es decir, debe expresar un deber ser.

Por esta razón se ha aplicado con frecuencia el método deductivo que concluye, por el contrario, de lo general a lo particular. De acuerdo con esto, a partir de la idea de Derecho (justicia) o a partir de los principios generales (a cada quien lo suyo, regla de oro, obligatoriedad de los contratos, imperativo categórico, principio

¹³⁷ John Finnis, ob. cit., p. 308.

del juego limpio, principio de tolerancia, principio de responsabilidad, principio de culpabilidad, buena fe, principio de proporcionalidad y otros más), por medio de procedimientos puramente lógicos se pretende llegar hacia la ley general concretizada y luego hacia el Derecho concreto. Pero, ¿de dónde proviene el contenido de estos principios generales del Derecho o de esta idea de Derecho tan abstractos, sin recurrir a la realidad, que proporcionan los fenómenos de Derecho concreto y, finalmente, aun los más determinados?... A partir de la inducción se puede llegar a un concepto de Derecho solo si en secreto se valoran los hechos. A partir de la deducción se puede lograr solo si en las conclusiones se alude en secreto a la realidad. Con ello se manifiesta un resultado importante: el Derecho tiene relación con el deber ser y con el ser. Y esto quiere decir que debemos valernos de un método que conste de una dialéctica entre inducción y deducción que tenga carácter analógico. Ya Aristóteles, por el contado, había caracterizado la conclusión analógica como una mezcla de conclusiones inductivas-deductivas”¹³⁸.

Lo anteriormente señalado da pie a Kaufmann para preguntarse ¿Son la idea de Derecho y la ley, por tanto, solo la posibilidad del Derecho, a partir de la cual resulta, empero, su completa realidad? Para Kaufmann:

“La respuesta puede ser únicamente la siguiente: a partir de las condiciones de vida concreta que, según la clásica formulación de Dernburg, llevan consigo su medida y su orden, aun cuando en forma más o menos desarrollada. Así como a partir de la idea abstracta de Derecho (de los principios generales del Derecho) solo puede surgir la ley concreta (norma jurídica) cuando ella se pone en contacto con las posibles circunstancias de hecho de la vida por regular, por tanto, a partir de la ley (norma jurídica, regla jurídica) solo puede resultar Derecho concreto a través del contacto con las

¹³⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 281 y 282. Algunos filósofos acuden a la lógica como medio para corregir la manifiesta oposición entre racionalismo normativo / irracionalismo. Aplicada al campo de las decisiones judiciales señala Tecla Mazzaresse: “La lógica borrosa permite una reconstrucción racional de las decisiones judiciales puesto que suministra instrumentos lógicos para superar la crítica dirigida a la teoría lógico-deductiva de las decisiones judiciales”. Ver Tecla Mazzaresse en www.cervantesvirtual.com (p. 201).

reales condiciones de vida. Si bien no es posible que, a partir del ser, como tal, surja Derecho normativo, es menos posible que a partir del deber ser, como tal, se produzca Derecho real. Tan solo allí donde norma y circunstancias de hecho de la vida se colocan entre sí en correspondencia se origina Derecho real: el Derecho es la correspondencia entre deber ser y ser. El Derecho es una concordancia, no tiene un carácter substancial, sino un carácter relacional; la totalidad del Derecho no es, por ende, un complejo de párrafos, no es una unidad de normas, sino una unidad de relaciones”¹³⁹.

El problema de la tesis planteada por Kaufmann es que parece introducirnos a lo que Neil MacCormick llama un fácil eclecticismo. Lo cual no es criticable si nos permite tomar en cuenta todos los elementos en juego para entender la interacción existente entre el Derecho y los valores por una parte y el Derecho y el resto de las instituciones sociales por la otra. Estamos frente a un holismo que no se puede desechar para entender la interacción existente entre los distintos elementos de la vida social. La fórmula es más complicada que recurrir a la fórmula de Hume de ser y deber ser explicada por Reid¹⁴⁰.

Como se trata en esta parte del trabajo de Kaufmann de proporcionar una comprensión conceptual acerca del Derecho probablemente la

¹³⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 283.

¹⁴⁰ Según señala MacCormick: “David Hume introdujo a la discusión filosófica la famosa distinción entre ‘ser’ y dejar ser, y la dificultad de explicar incluso en qué consiste la diferencia. Thomas Reid reconoció el punto, pero declaró rotundamente que cualquier persona que entendiera el castellano (inglés en el lenguaje de Reid) no necesita ninguna explicación acerca de cómo usar la palabra ‘deber’ o, por cierto, la palabra ‘ser’. Es una distinción que nos resulta inmediatamente evidente. Esto es claramente así cuando se consideran ejemplos prácticos, como el hacer filas o hablar”. Ver Neil MacCormick, *Instituciones del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 353 y 354. Con relación al eclecticismo y a la holística MacCormick trata de ejemplificar –lo cual es limitado– a la teoría de los sistemas de Luhmann: “Una parte importante del mensaje... de este libro tiene relación con la interacción entre el Derecho, la política y la economía como elementos de la totalidad de la vida social contemporánea. La civilidad de la sociedad civil se expresa en y depende de esta interacción. La teoría de sistemas de Luhmann provee una explicación sociológica a gran escala de esto, retratando al Derecho, la política y la economía (justo con otros) como grandes subsistemas del sistema social global. Cada uno se distingue por su propia autoconcepción holística, y cada uno recibe *impuls* de los otros solo a través de su interpretación de acuerdo al código apropiado al sistema receptor. Este es un mundo social de un entendimiento mutuo imperfecto en el que cada sistema está constantemente ajustándose a los *impuls* de los demás que están a su vez en perpetuo autoajuste”. Ver Neil MacCormick, ob. cit., p. 372.

mejor vía debe ir orientada por todo aquello que represente los valores hacia los cuales el Derecho se dirige. Dicha teleología fue la asumida por Radbruch y se repite con mayor o menor intensidad en la obra que comentamos. En el sentido ya señalado permítanme compartir con ustedes lo señalado por McCormick:

“No puede negarse que una comprensión conceptualmente satisfactoria del Derecho debe mirar hacia su significado focal y reconocer que el carácter de un concepto interpretativo como el Derecho debe tomar en cuenta los valores hacia los que la actividad jurídica está orientada. Pero esto hace urgente atender a la brecha que existe entre el Derecho conceptualmente aprehendido y el Derecho en su real implementación e impacto. Es, pues, importante preguntar qué hacen realmente los abogados, los jueces y los funcionarios encargados de la imposición del Derecho... Pues tiene que existir algún tipo de equilibrio reflexivo entre la comprensión conceptual de una categoría como “Derecho” y explicaciones empíricas, metodológicamente confiables de los multifacéticos tipos de actividades que se llevan a cabo con la pretensión de estar orientadas hacia el Derecho. Las suposiciones de algunos teóricos acerca del carácter y la orientación a valores del Derecho pueden resultar discordantes con partes sustanciales de las explicaciones empíricas más confiables. Esto no refuta la explicación conceptual en cuestión, aunque la vuelve más persuasiva si ella resulta más concordante”¹⁴¹.

A diferencia de otros autores, como por ejemplo Hart, realiza un análisis previo al concepto de Derecho con el fin de arribar a dicho concepto. En tal sentido termina partiendo de Radbruch para aproximarse al concepto buscado:

“Una etapa previa del concepto de Derecho aquí obtenido, sin duda todavía muy general, se encuentra en Gustav Radbruch, el cual desde una perspectiva que refiere a valores describe al Derecho como la realidad que tiene el sentido de servir a la justicia. La relación entre ser (realidad) y deber ser (justicia es clara). Radbruch concretó más tarde este concepto. Él pone de relieve los

¹⁴¹ Neil MacCormick, ob. cit., p. 370.

siguientes elementos: 1. El Derecho es una realidad y por ello debe ser positivo (carácter de ser); 2. Como materialización de la idea de Derecho, el Derecho se erige sobre la realidad restante valorando y exigiendo y, por tanto, en forma normativa (carácter de deber ser); 3. En razón de la justicia, el Derecho debe establecer igualdad para todos, tiene, por tanto, una naturaleza general; 4. La justicia exige realización del bien común, por lo cual el Derecho debe ser social. En resumen: Derecho es el compendio de normas positivas generales para la vida social (aquí, sin embargo, ya no se expresa muy bien la referencia del Derecho a valores). En atención a que este concepto de Derecho reúne elementos formales (positivo, general) y materiales (normativo, social) se muestra una similitud con el concepto de ley de Tomás de Aquino... Además, se hace claro que aquí se toma en cuenta una opinión “más allá del Derecho natural y del Derecho positivo”¹⁴².

Es interesante ver como en Radbruch se produce la mención de temas presentes en autores como Rawls (igualdad); Finnis (bien común) y Hart (fenómeno social)¹⁴³. En el texto anterior se pone de manifiesto la llamada tercera vía de Radbruch entre positivismo e iusnaturalismo, lo cual a veces no es tan claro. Tomemos, por ejemplo, el tema del “a priori” presente en autores como Reinach y por supuesto en el iusnaturalismo criticado por Emil Lask como ya habíamos visto. En el tema señalado indica Radbruch:

“Así se origina de la naturaleza a la vez positiva y normativa del Derecho, el concepto del precepto jurídico y el de sus ingredientes: cabe decir de un modo previo, es decir, a priori, que no puede darse ningún precepto jurídico que no regule algo, por tanto, que no deba contener tanto, aquel algo como su regulación: situación de hecho y consecuencia jurídica”.

¹⁴² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 285.

¹⁴³ Con respecto a Finnis el concepto de bien común no es solo social, tiene su origen en la búsqueda del bien que perfecciona al hombre y en última instancia viene del creador de todo bien. Finnis señala: “Tampoco puede nadie juzgar de modo verdadero acerca del bien y del mal, si no es en virtud de un conocimiento del plan completo de la naturaleza”. Ver John Finnis, ob. cit., p. 401.

Más adelante vemos en Radbruch la delimitación de lo a priori en un marco que parece más general y excluyente en el cual parece eliminarse (o no considerarse como señala Kaufmann de la definición anteriormente señalada) cualquier mención a lo valorativo reconocido por un concepto a priori:

Encontramos todavía en el transcurso de nuestras consideraciones otros conceptos jurídicos a priori. Pues la aprioridad es un concepto de relación, que califica una conexión de un determinado concepto con un material de hecho determinado; ahora bien, el concepto de Derecho solo desarrolla la plenitud de su aprioridad posteriormente, en lo múltiple de los hechos jurídicos, y, por eso, la enumeración de estos desarrollos es tan imposible como la de los hechos a los que el concepto del Derecho ha de aplicarse. La idea de una tabla de categorías, es decir, de una tabla simétrica de todos los conceptos jurídicos a priori, no es, por tanto, realizable¹⁴⁴.

Pero para Kaufmann la definición de Radbruch no puede ser calificada como concluyente. En su opinión le faltan algunos “momentos”:

“Naturalmente, los cuatro elementos se pueden compartimentalizar: positividad significa, ante todo, seguridad jurídica, paz jurídica; normatividad abarca el carácter de obligación del Derecho; generalidad significa, sobre todo, prohibición de arbitrariedad, y sociabilidad alude, por cierto, también a que el Derecho guarda proporciones y no exige demasiado al individuo (Solón). Con todo, faltan aun dos momentos que se hallan en relación con el concepto de Derecho: libertad y coacción. Pues bien, la ley jurídica garantiza libertad precisamente, en razón de su carácter normativo y general; en la medida que ella vincula, posibilita la libertad general mediante la limitación de la arbitrariedad del individuo...”

Para Kaufmann el carácter coactivo del Derecho está relacionado a lo que Kant dijo:

“El Derecho está asociado a la facultad de ejercer coacción”, y la mayoría de los positivistas jurídicos se apoyan en esto... Quien

¹⁴⁴ Gustav Radbruch, ob. cit., pp. 89 y 90.

ve en la coacción un elemento de la esencia del Derecho le niega la facultad de fundamentar obligaciones y no está en capacidad de distinguir, por medio de un rasgo material, el Derecho de la mera fuerza. Sin duda, allí donde existe Derecho es posible ejercer coacción, pero no existe Derecho donde existe coacción. La validez del Derecho no se puede fundamentar a partir de la coacción, pero se puede exigir del Derecho vigente que con él predomine el orden y la paz jurídica, lo que en caso necesario podrá ser realizado coactivamente. Con esta reserva, no se puede objetar nada a la frase de Kant”¹⁴⁵.

SEXTA PARTE

LA IDEA DE DERECHO

El análisis de Kaufmann acerca de “*La idea de Derecho*” parte de una afirmación algo desconcertante pero real:

“Lo que debemos entender por idea de Derecho sigue aun sin esclarecerse. ¿Es algo real o (solo ideal)? ¿Es un axioma, una hipó-

¹⁴⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 285. La opinión de Kaufmann es coincidente con la de Hart y contraria a John Austen y Kelsen. Ver H.L.A. Hart, ob. cit., pp. 26 y ss. Para Dworkin “Las decisiones políticas del pasado justifican la coerción porque, y por lo tanto solo cuando, proporcionan una advertencia justa al hacer que las ocasiones de coerción dependan de hechos simples, disponibles para todos en lugar de juicios nuevos sobre moralidad política, que distintos jueces podrían hacer en forma diferente”. La afirmación anterior de Dworkin se produce en el contexto de que “el centro de cualquier concepción positiva del Derecho, al igual que el convencionalismo o el Derecho como integridad, es su respuesta a la pregunta de por qué una política del pasado es decisiva para los derechos del presente”. Ver Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2005, p. 91. Ver Andrei Marmor, ob. cit., pp. 120 y ss. Finnis nos aporta un elemento interesante sobre la coacción para el positivismo. Refiriéndose a que Santo Tomás de Aquino señalaba que el Derecho positivo era necesario por dos razones: una se refiere a los problemas de coordinación; la otra a la coacción. Con respecto a esta última señala: “...podemos observar que la otra de las dos justificaciones para construir un sistema de Derecho positivo para complementar las exigencias “naturales” de la moral, según Tomás de Aquino (quien da a esta justificación una importancia quizás excesiva), es la necesidad de compulsión, de forzar a la gente egoísta a actuar razonablemente. Qué extraño resulta entonces, leer que Kelsen encuentra aun otra “contradicción necesaria entre el Derecho natural y el positivo”, esta vez “porque uno de ellos es un orden coactivo, mientras que el otro, idealmente, es no solamente no-coactivo, sino que de hecho tiene que prohibir cualquier coacción entre los hombres. Esta, por desgracia, es otra imagen distorsionada; una teoría sólida del Derecho natural es un intento de expresar reflexivamente las exigencias y los ideales de la razonabilidad práctica, no del idealismo”. Ver John Finnis, ob. cit., pp. 62 y 63.

tesis, una norma fundamental, un principio regulativo o una condición trascendental para el Derecho en general? Me parece que la idea de Derecho no se debería colocar demasiado en alto, sino comprenderla como “modelo” de la idea del hombre en su triple configuración: el hombre como ser autónomo (como creador de Derecho), como fin de su mundo (y por tanto también del Derecho) y como ser heterónomo (sometido al Derecho)... Como quiera, existe un amplio consenso en que la idea de Derecho es el más alto valor jurídico. Y ese valor supremo es la justicia”¹⁴⁶.

En el planteamiento anterior está presente un desarrollo común con el de Radbruch para quien “*La idea del Derecho no puede ser otra que la justicia... Está, por tanto, justificado que nos detengamos en la justicia, como en un último punto de partida, ya que lo justo –como lo bueno, lo verdadero y lo bello– es un absoluto, es decir, un valor que no puede derivarse de ningún otro*”¹⁴⁷. De entrada, Kaufmann se ocupa de la justicia como un concepto totalmente irreductible que se expresa en los más variados ámbitos de la vida social. Para él la justicia es el *ethos* de la democracia que se expresa en la igualdad. En la época posterior a Kant y especialmente con el positivismo se redujo la justicia al principio de igualdad lo que para Kaufmann se reduce a la proposición según la cual lo igual se debe tratar de igual manera y lo desigual, por su parte, de manera diferente. Para Kaufmann: “*Este principio, por completamente*

¹⁴⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 290-291.

¹⁴⁷ Gustav Radbruch, ob. cit., p. 82. En el concepto de justicia de Radbruch se mezclan elementos de Max Rümelin y Del Vecchio. Más adelante, Radbruch hablará de las antinomias de la idea del Derecho para referirse a la tensión existente entre justicia, finalidad y seguridad jurídica. Ver Gustav Radbruch, ob. cit., pp. 143 y ss. Finnis señala: “...utilizo el concepto de justicia con toda la amplitud que ese concepto ha tenido en la discusión académica desde que Aristóteles por primera vez lo trató como un tema académico. Es decir, dejo de lado toda la gama de significados especiales y limitantes que la palabra ‘justicia’ puede haber adquirido en el lenguaje común, como en la expresión ‘tribunales de justicia’ o en el contraste que podría trazarse diciendo que una lotería perfectamente equitativa (*fair*) no necesariamente produce un resultado justo (*just*)”. Ver John Finnis, ob. cit., p. 191. Para que el hombre determinado como alma o como animal racional, o como compuesto de alma y cuerpo, él se revela ser, ante todo un ser capaz de perfeccionamiento y superación. En esta perspectiva la justicia es una etapa, más o menos decisiva, que hace posible ese perfeccionamiento”. Ver Jean-François Balaudé, *Instaurer Le Bien. La Problematique Philosophique de la Justice Dans L’Antiquité (Platon, Aristote, Épicure) en La Justice*, Vrin, Paris, 2007, pp. 33 y 34.

*formal, se consideró seguro científicamente; los contenidos de justicia, por el contrario, no pueden ser, según se dice, objeto de la ciencia, estos pertenecen a la política; así lo enseñó en particular Hans Kelsen*¹⁴⁸.

Según Kaufmann un cambio se presenta en Radbruch el cual retoma la reflexión filosófica sobre contenidos, no sin dejar de lado lo formal siguiendo la tradición neokantiana. De cualquier forma, en materia de contenidos el gran maestro alemán trató de ser fiel a su posición de un relativismo filosófico jurídico o teórico valorativo. Ya habíamos mencionado en la cita al pie de página 2 de esta parte del trabajo que Radbruch se refería a las antinomias existentes entre las distintas facetas de la idea de Derecho. Lo anterior es reportado por Kaufmann de la manera siguiente:

*“Con posterioridad, Radbruch modificó en forma significativa su doctrina de la idea de Derecho y caracterizó justicia (igualdad), finalidad y seguridad jurídica como las “tres facetas de la idea de Derecho”, que dominan de conjunto al Derecho en todos sus aspectos y cuyas contradicciones no pueden ser entendidas como antinómicas sino como “un conflicto de la justicia con ella misma”*¹⁴⁹.

Radbruch pretende diferenciarse de Kelsen configurando una teoría de la justicia en la cual forma, contenido y finalidad interactúen permanentemente. El siguiente texto que pretende ser la última corrección sobre el tema lo expresa de forma más que significativa:

“La distinción según forma, contenido y función de la justicia obedece a la necesidad de una clasificación sistemática de los aspectos de la justicia. En realidad, justicia es siempre, a un mismo tiempo, forma, contenido y función de la justicia; el principio de igualdad es impensable totalmente sin contenido; lo mejor para la comunidad no se puede determinar sin forma; la seguridad jurídica tampoco existe por sí; seguro sólo puede ser el Derecho que satisface el principio de igualdad y la justicia del bien común. La clasificación que surge de aquí no significa, por tanto, una distinción en cuanto

¹⁴⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 291.

¹⁴⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 292.

a la esencia de la justicia sino, más bien, una forma diferente de marcar el acento”¹⁵⁰.

La combinación de la hermenéutica con las teorías procedimentales de la justicia, constituyen un punto central inicial para la comprensión de la misma en Kaufmann. En el autor que estudiamos la relación entre el objeto de la justicia y el sujeto marca un punto de inflexión en la manera de explicarnos su teoría:

“La justicia se representaba como un objeto substancial, como un objeto que se encuentra frente a nuestro pensamiento y es captado por el “sujeto” en su pura objetividad. Se cree que el conocimiento no está mediado por el sujeto que conoce. Aun hoy se leen y se escriben, por tanto, “filosofías del Derecho”, de un lado, y, del otro “doctrinas del método”, se colocan unas junto a las otras sin que lleguen siquiera a rozarse”.

Pero el esquema epistemológico sujeto-objeto pertenece al pasado, esto incluso en las ciencias naturales explicativas, y mucho más en las ciencias hermenéuticas de comprensión. Por eso, en tiempos recientes se han impuesto más y más teorías procedimentales de la justicia, las cuales comprenden a la justicia, y de tal manera también al Derecho correcto, en tanto que producto del proceso de creación jurídica; la cuestión es solo si exclusivamente como un producto tal o si ese proceso tiene un fundamento objetivo (ontológico, lo que no debe significar “ontológico substancial”¹⁵¹.

Kaufmann se refiere a la igualdad como un principio puramente formal en función del cual lo igual debe ser tratado en forma igual y lo desigual, análogamente, en forma desigual. Lo anterior no explica “*qué*

¹⁵⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 294. El tema de contenido y forma ha estado siempre presente en el ánimo de los positivistas independientemente de la intensidad de dicho positivismo. El último capítulo de *Concepto de Derecho* de Hart se refiere al Derecho internacional y el punto cuarto de dicho capítulo lleva por título “Analogías de forma y de contenido”. Dicho capítulo concluye sobre las analogías entre el Derecho nacional y el internacional: “Primero, que la analogía es de contenido y no de forma; segundo, que, en esta analogía de contenido, no hay otras reglas sociales que estén tan cerca del Derecho nacional como las del Derecho internacional”. Ver H.L.A. Hart, ob. cit., p. 292.

¹⁵¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 294 y 295.

es igual o bien desigual y cómo se debe tratar a los iguales o bien a los desiguales". El tema clave es cómo manejar una realidad en la cual la desigualdad se hace patente. Para Kaufmann la igualdad... es un acto de equiparación, y este acto no reposa solo en conocimiento racional, sino significa, siempre y, sobre todo, una decisión, poder.

Asimismo, igualdad es igualdad de relaciones lo cual para el autor que comentamos se relaciona con algo análogo. Pero estamos frente a una necesidad de requerimiento de definición que se ha prestado a las más diversas teorías. De cualquier forma, es un tema clave para la filosofía política¹⁵². No puede Kaufmann dejar pasar por alto la relación entre justicia y equidad la cual, en su opinión puede conducir hacia una *"confrontación con la justicia"*. En tal sentido menciona, citando a Aristóteles, lo siguiente:

"Aristóteles reflexionó sobre la relación entre justicia y aequitas. Lo hizo por lo demás, en forma muy atinada. La equidad se ha caracterizado de manera predominante como la "justicia del caso concreto". Esta tiene Derecho de casos por excelencia y no Derecho legislativo, la jurisprudencia sobre equity se ha convertido en una institución dentro de la totalidad del orden jurídico y su significado difícilmente puede ser subestimado".

El problema radica en cómo se puede, en suma, conducir la equidad hacia una confrontación con la justicia, allí donde la justicia es, con todo, el más alto valor jurídico; ¿o es que finalmente no lo es?¹⁵³

Para Kaufmann la equidad es un Derecho, pero no un Derecho legislado sino más bien una corrección de este último. Tampoco es acertado considerar a la equidad como la "justicia del caso concreto" ya que toda norma debe generalizar. En la obra del autor que comentamos justicia y equidad se diferencian, desde el punto del legislador, de un lado, y desde el punto de vista del juez del otro: aquel parte de la norma

¹⁵² Amartya Sen señala que: "Las teorías pueden ser enteramente diversas (orientadas a la libertad igual, el ingreso igual o el trato igual de los derechos o las utilidades de todos), y pueden combatir las unas contra las otras, pero aun así tienen la característica común de querer la igualdad de algo (algún aspecto significativo en el respectivo enfoque)". Ver Amartya Sen, *La idea de la justicia*, Taurus, Madrid, 2009, p. 321. Ver Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 293.

¹⁵³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 299.

general y hacia el caso (deducción), este parte del caso concreto hacia la norma general (inducción)¹⁵⁴.

No obstante, para el autor que estudiamos el tema de la justicia ha adquirido una connotación particular en el mundo de hoy que él refiere como “estabilización de la sociedad”. El concepto anterior lo vincula con la teoría penal de la resocialización que vuelve nuestro análisis a las teorías morales relativas al fin de la pena. De acuerdo con lo anteriormente indicado señala Kaufmann:

“Hoy la palabra clave es estabilización de la sociedad. Y así nos encontramos ante la justicia legal, aquella que Aristóteles concibió incorporada en la justicia distributiva. Su distintivo especial lo constituye claramente el momento de la obligación del individuo frente a la comunidad: la propiedad habilita, pero también implica obligaciones. Sin duda, quien ha vulnerado el orden jurídico también tiene deberes frente a la sociedad. Debe soportar una carga, que bajo el punto de vista de la resocialización no se muestra necesario e incluso puede llegar a ser manifiestamente perjudicial”¹⁵⁵.

Evidentemente que el tema es más complejo y se refiere a lo que la sociología ha llamado los lazos sociales y la conciencia que las sociedades tienen acerca de ellas mismas en un mundo en el cual el individualismo cumple un rol preponderante. Lo cierto es que el Derecho, a pesar de contar con el poder coactivo, no es sino un medio social más, entre otros igualmente importantes, para estabilizar la convivencia social. El

¹⁵⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 300 y 301. El tema recién planteado por Kaufmann que tiene antecedentes en la ética aristotélica es explicado con gran lucidez por Ronald Polansky: “Las leyes de una comunidad son universales, instancian incluso lo más universalmente justo desde el punto de vista político, así cuando las leyes se aplican a los particulares, se requiere a veces recurrir a lo equitativo y a la equidad. Cuando el que tiene que aplicar la ley debe hacerlo a un caso particular, debe decidir de acuerdo a lo equitativo, es decir, corrigiendo lo legalmente justo. Las leyes universales necesitan corrección a fin de ajustarse a los casos particulares. Lo equitativo puede ser justo colocándose incluso, fuera de lo estrictamente señalado por la ley y aplicando lo que mejora lo justo e incluso lo que es superior a lo justo. La persona equitativa va a tender hacia lo que es equitativo siendo exigente en ello. La equidad es una disposición hacia lo equitativo y ella no es una disposición diferente a la justicia”. Ver Ronald Polansky, *Giving Justice Its Due en Cambridge Companion to Aristotle’s Nicomachean Ethics*, Cambridge University press, Cambridge, 2014, p. 175.

¹⁵⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 304. Sobre el tema de la sanción ver: Jacques Maritain, *Lecciones fundamentales de filosofía moral*, Club de Lectores, Buenos Aires, 1966, pp. 217 y ss.

tema del individualismo, con un enfoque particular, va a tener cierta consideración en la obra de Radbruch. Ya que al este último al referirse a los fines del Derecho menciona al individualismo conjuntamente con otras concepciones del Derecho como son el supraindividualismo y la transpersonalidad¹⁵⁶.

Continuando con su análisis del principio de la igualdad Kaufmann nos introduce en la “doctrina de los bienes éticos” con lo cual pretende recurrir a lo material. En tal sentido señala:

*“El principio de igualdad es de naturaleza predominantemente formal. Para determinar lo que es justo se requiere de un principio material. Radbruch lo denominó finalidad o idea final del Derecho. Conciérne a la pregunta sobre aquello que sirve al máximo bienestar común. Dicho interrogante constituye el objeto de la doctrina ética de los bienes y la justicia social...”*¹⁵⁷

Radbruch señala en su Filosofía jurídica que:

“Cuando se plantea el problema de los fines del Derecho no se pregunta por las finalidades empíricas que pueden haberle originado, sino por la idea de fin, supraempírica, que ha de ser la pauta del Derecho. La respuesta a tal problema solo puede obtenerse por la convicción que se tenga de cuál sea el valor –al que deba atribuirse igual validez absoluta que al valor de lo justo– a cuyo servicio esté el Derecho destinado y adecuado.

*Podemos contentarnos con la referencia a la tradicional trinidad de los valores supremos, el ético, el lógico y el estético, los ideales de lo Bueno, de lo Verdadero y de lo Bello, pues en seguida aparece claro que el Derecho solo puede estar destinado a servir inmediatamente a uno de estos valores, el valor ético de lo Bueno”*¹⁵⁸.

Kaufmann contrapone el valor en Max Weber y en Radbruch a pesar de compartir ambos un relativismo teórico con respecto a los valores. No debemos dejar de mencionar que en el caso de Radbruch el mismo se refiere a la necesidad de cimentar el relativismo como “el

¹⁵⁶ Gustav Radbruch, ob. cit., pp. 113 y ss.

¹⁵⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 309.

¹⁵⁸ Gustav Radbruch, ob. cit., p. 114.

supuesto ideológico de la democracia”. De acuerdo con Raynaud el elemento “nietzscheniano” en el pensamiento de Weber lo lleva a enfatizar la distinción entre hechos y valores por la toma en cuenta de la relación con los valores que subyacen en los intereses de los sabios y le permiten dar sentido a las evaluaciones producidas dentro de las diferentes esferas de la actividad social¹⁵⁹. En todo caso nos indica Kaufmann:

“Una mención especial merece sobre todo Max Weber y su distinción entre racionalidad final y racionalidad valorativa. Acá el acento definitivo se marca sobre la racionalidad final, libre de valores; la racionalidad valorativa, sin ningún acceso posible al proceso científico, posee tan solo el significado restringido de un correctivo. Para Max Weber los valores se remiten al relativismo. Entre tanto, existe un paralelo con Gustav Radbruch, quien habla, así mismo, de fines y de finalidades. Pero los fines en Radbruch no son libres de valor; con bastante frecuencia coloca valor y fin como si fueran uno solo”.

Desde luego, él es, al igual que Weber, representante del relativismo teórico de los valores. De todas formas, según Radbruch, los valores pueden ser susceptibles de una comprensión científica aun cuando de manera limitada. Kaufmann quiere especialmente resaltar “*la doctrina triádica sobre los fines del Derecho y el relativismo iusfilosófico*” de su maestro de Heidelberg la cual transcribe textualmente a fin de preservar la autenticidad de la última manifestación de Radbruch sobre el tema¹⁶⁰. El texto señalado es el siguiente:

“En la deducción de preceptos jurídicos la justicia requiere ser complementada con la finalidad. Por “fin del Derecho” no se debe

¹⁵⁹ Ver Philippe Raynaud, *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, Paris, Puf, 1996. Ver *Le Dictionnaire de Sciences Humaines*, ob. cit., pp. 1229 y 1230. Es interesante mencionar, adicionalmente, que Raynaud ha estudiado la relación del positivismo jurídico de Kelsen y Hart en la teoría de la democracia y las objeciones contemporáneas de Ronald Dworkin que asume una posición más liberal en este tema. Ya hemos señalado la relación del relativismo de Radbruch con la democracia.

¹⁶⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 313 a 315. Si bien en la filosofía jurídica de Radbruch de 1932 traducida al español en 1933 Radbruch da un resumen de su planteamiento sobre el tema, Kaufmann toma el texto que reproduce del “Compendio preparatorio de la filosofía del Derecho de 1947”. Con lo cual trabaja sobre un texto posterior a la guerra.

entender una determinación empírica de finalidad, sino la debida idea-fin. En tanto que el concepto de justicia pertenece a la filosofía del Derecho, la idea fin tiene que ser extraída de la ética. La ética se clasifica en la doctrina del deber y la doctrina de los bienes. Por bienes morales se entienden los valores que constituyen el contenido de los deberes morales. El fin del Derecho se puede relacionar con los bienes morales, así como los deberes morales. La doctrina de los bienes morales permite distinguir, de acuerdo con el modo de ser de sus titulares, tres grupos de valores: titular de las primeras es la personalidad individual; de los segundos, la personalidad de la colectividad; de los terceros, la obra cultural. Con respecto al orden de prelación de estas clases de valor distinguimos tres sistemas: el individualista considera los valores de la personalidad individual; el supra-individualista, los valores de la personalidad como colectividad, y el transpersonal, la obra cultural; todos ellos en tanto bienes supremos.

Las formas de la vida en comunidad que corresponden a los tres titulares de valores son: la sociedad individualista, la colectividad supra-individualista y la comunidad transpersonal. Para la ilustración de las ideas, la sociedad se piensa como relación contractual, la colectividad, en tanto organismo, a la manera del cuerpo humano, y la comunidad de creación cultural, en forma de barraca, en la que los constructores no se relacionan, inmediatamente, hombre a hombre, sino en forma mediata, en virtud de su proyecto común. Los ideales de estas tres formas sociales de la vida humana en comunidad, de acuerdo con su tópico, se expresan así: libertad, poder, cultura. El ideal individualista, la libertad, ha hallado su expresión en los partidos liberales, democráticos y socialistas. De acuerdo con la concepción liberal, el valor de la personalidad es, hablando matemáticamente, algo infinito, es decir, un valor que no se puede multiplicar más y está autorizado para imponerse aun frente a grandes intereses de la mayoría. El pensamiento democrático, por el contrario, le otorga un valor finito, esto significa que los valores de las personalidades sumados prevalecen sobre los de una minoría. Al tiempo que la democracia garantiza tan solo una libertad jurídica formal, el socialismo exige democracia material, o sea, la libertad económica real para el individuo, pero sin alejarlo del propósito individual. La doctrina supra-individualista orgánica es, entre tanto, el fundamento de los partidos autoritarios o

conservadores, según los cuales el Estado, la colectividad, están allí no a causa de los miembros en sí, sino por motivo de la colectividad misma y las tareas estatales se sobreponen, incluso a los intereses de la mayoría de los ciudadanos. La concepción transpersonal, por último, no ha encontrado expresión en ningún partido. Conforman la única medida para la valoración histórica posterior de pueblos extinguidos, pues tan solo los valores culturales de dichos pueblos sobreviven.

El orden de prelación de las tres clases de valor no se puede establecer ni probar de manera unívoca. Los máximos propósitos y valores del Derecho no solo difieren conforme a la situación social de los distintos pueblos y épocas, también se juzgan subjetivamente, hombre por hombre, en forma diferente, dependiendo de la conciencia de rectitud, de la concepción de Estado, del punto de vista del partido, religión o cosmovisión. La decisión solo puede provenir de lo más profundo de la propia personalidad, solo puede ser una decisión en conciencia. La ciencia tiene que limitarse a preparar estos grupos de valor para la decisión. Ella soporta tal decisión de tres formas: 1. En cuanto desarrolla las posibles valoraciones en completa sistematización; 2. Porque expone los medios para su realización y, de esta forma, las exigencias condicionadas por estos; 3. Pues pone de manifiesto las condiciones ideológicas de cada postura valorativa. Dicho relativismo de las tres formas no enseña, quizá al individuo a reconocer lo que debe ser, más si lo que quiere; es decir, aquello que tiene que querer cuando se somete, consecuentemente a la ley de la consecuencia lógica”¹⁶¹.

En realidad, la idea de Radbruch de preservar un relativismo ético sin negar el rol que la ética tiene para complementar la justicia puede ser a veces difícil de entender. En realidad, es una manera indirecta de aceptar el rol de la moral en el Derecho y de limitar el mismo a la aceptación del rol ético que cada uno cumple de acuerdo a los valores que acepte por su modo de ser.

Ciertamente que libertad, poder y cultura conviven uno al lado del otro, pero por encima de todo hay una valoración ética permanente constante no sujeta a la manera en que la comunidad decida determinar

¹⁶¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 315 y 316.

su forma de ser político que va a reflejarse en la forma que asume el Derecho. No cabe la menor duda que Radbruch está condicionado por la necesidad de entender y asumir valores democráticos y pluralistas en una sociedad que debía cambiar luego de un período oscuro de su historia. Con su análisis de la concepción transpersonal no se garantiza que lo ocurrido no vuelva a repetirse. Sobre la crítica a Radbruch señala Kaufmann:

“La crítica a Radbruch recae especialmente sobre su concepción conforme a la cual individuo, colectividad, obra o, mejor libertad, poder, cultura, en tanto bienes supremos se encuentran unos al lado de los otros y, por consiguiente, cada uno por sí solo puede determinar el contenido del Derecho. En realidad, sería posible, más bien, que los tres valores supremos del Derecho (suponiendo que existen solo tres) configuren, actuando de consumo, el contenido del Derecho. De ser así, entonces, surge la tarea de determinar, sin arbitrariedad, dicha acción conjunta; tarea esta extraordinariamente difícil, pues los tres valores jurídicos, no se encuentran relacionados entre sí, de acuerdo con una armonía preestablecida (en esto tiene Radbruch toda la razón); ellos no solo se complementan, sino que se contradicen en muchos aspectos”¹⁶².

Luego de un recorrido del autor que estudiamos que va desde Aristóteles a Kant, Kaufmann se pregunta: ¿cómo obtendremos contenidos para la ética y para el Derecho que sean generalizables? Su tentación de recurrir al utilitarismo —clásico, desde Bentham y Stuart Mill— se ve ensombrecida por la constatación evidente de que no hay un utilitarismo único. Al igual que no existe una concepción unificada acerca de la felicidad y si la misma puede preceder a la libertad. Las críticas al utilitarismo, algunas no tan bien fundamentadas, tienen eco en la obra, citada por Kaufmann, de Otfried Höffe para quien *“solo es importante el máximo bienestar común, al tiempo que la repartición del bien común entre los diferentes miembros no desempeña un papel independiente. Por consiguiente, es posible que la desventaja que el sistema pueda representar para algunos se equilibre con la gran ventaja que significa*

¹⁶² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 317.

para los otros”. Esto en ningún caso, añade Kaufmann, lo pueden aceptar los perjudicados, pues su perjuicio les es impuesto por parte de los favorecidos. *“Para los perjudicados las órdenes sociales de poder coactivo ostentan el carácter de mera coacción, devienen en fuerza y permanecen entre ellos como ilegítimos”*¹⁶³.

Para Kaufmann las críticas al utilitarismo dan pie a las argumentaciones de Rawls, este *“procede distributivamente, no toma partido a favor de uno o del otro, tampoco a favor de un grupo sino a favor de cada uno. Esto significa la imparcialidad exigida a la justicia”*¹⁶⁴. Ante las críticas expresadas con respecto al utilitarismo positivo Kaufmann se vale de las ideas de Ilmar Tammelo y Christian Thomassius para explicarnos el utilitarismo negativo lo cual no le deja de crear algunas dudas con respecto a la utilización de la expresión y su significado (negativo) tanto en la filosofía, la teología y el Derecho. Este último le sirve de ocasión para recordar la célebre fórmula de Radbruch que decía que no se menciona lo que es *“Derecho correcto sino aquello que por excelencia es incorrecto, lo que no es derecho”*. El texto referido por Kaufmann señala:

“Miremos lo que escribe Tammelo: “Para mí el más alto mandamiento del orden de justicia consiste en la supresión o la reducción del máximo posible de miseria. Es necesario poner en duda el principio del utilitarismo positivo de acuerdo con el cual se debe aspirar a la máxima felicidad posible para el mayor número de los hombres. La felicidad es tan solo un caso de felicidad. Mi preocupación vale también para los infelices. A esto se añade que la

¹⁶³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 325.

¹⁶⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 325. En su artículo de 1955 “Two Concepts of Rules”, Rawls defendió al utilitarismo, en *A Theory of Justice* lo criticó porque falló a la hora de tomar en serio la separación de las personas. En dicha obra dirigió sus baterías contra el utilitarismo y el intuicionismo. Ver Paul Graham, *The Principles of Justice Are Chosen Behind a Veil of Ignorance*, Oneworld, Oxford, 2007, p. 6. Para Rawls su teoría es una alternativa frente al utilitarismo. Con respecto al intuicionismo señala que tiene dos características por un lado consiste en una pluralidad de principios que pueden entrar en conflicto al dar directivas contrarias en tipos particulares de casos y por la otra no tiene un método explícito, no tiene reglas prioritarias, para sopesar estos principios entre ellos, tenemos que llegar a un balance por intuición de acuerdo a lo que nos parece lo más cercano a lo correcto. Ver John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971, pp. 22 y 34.

felicidad de la mayoría muy frecuentemente, se obtiene a costa del sufrimiento de la minoría. Teniendo presentes a todos ellos me es más prometedor el utilitarismo negativo, que aquel utilitarismo según el cual debe ser evitada, en lo posible, la infelicidad del mayor número de hombres”.

Luego continúa Kaufmann con un énfasis particular con respecto a la función liberadora de la ética y el Derecho:

“En contra del utilitarismo negativo se ha objetado que es muy reservado con respecto a la generalización de contenidos éticos y jurídicos. Esto no es cierto, de manera alguna. Si la ética y, por sobre todo, el Derecho se han puesto como tarea liberar al mundo en la medida de lo factible de la miseria, entonces este es un fin muy elevado. Este utilitarismo negativo (que evoca a los filósofos iusnaturalistas, como a Christian Thomasius) se hace extensivo, en aproximación, también al principio ético de prioridad introducido por John Rawls, según el cual a aquellos colocados en una posición desventajosa se les debe conceder el argumento que decida la prioridad. Se trata, más bien, de prevenir la infelicidad que de promocionar la felicidad (lo que por esta se desea entender). El utilitarismo negativo menciona una de las más importantes reglas de prioridad para la determinación de aquello que se debe tener por bonum commune y, de este modo por justicia material”¹⁶⁵.

No podía faltar en la obra de Kaufmann, cuando se refiere a la idea del Derecho, lo relacionado con lo que él llama “reglas de prelación”. Recordemos que Radbruch cuando se refiere al “pensar de la idea” relaciona el asunto con la interpretación jurídica. En tal sentido señala: “...no es la interpretación jurídica un repensar posterior de algo ya pensado, sino un pensar una última idea hasta su último extremo”¹⁶⁶.

Kaufmann se pregunta acerca de: “¿Qué relación tienen los argumentos individuales en el conocimiento del Derecho?”. A continuación, señala que: “es uno de los temas de la teoría jurídica y de la doctrina

¹⁶⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 326 a 328.

¹⁶⁶ Gustav Radbruch, ob. cit., p. 204.

del método jurídico que ha sido tratado francamente, con negligencia". Citando a Karl Engisch menciona "que la aplicación práctica del Derecho se sirve, a discreción de todos los métodos conocidos por la teoría de la interpretación" y que en la práctica forense se considera legítimo un proceso que, "caso por caso, escoja aquel método interpretativo que conduzca a un resultado satisfactorio"¹⁶⁷.

Pero la escogencia de un método interpretativo aplicable "caso por caso" puede, en opinión de Kaufmann, representar un grave riesgo para la doctrina científica del método jurídico. Los intentos, especialmente por parte de la teoría de la argumentación, para encontrar reglas de prioridad no logran el resultado deseado. Lo anterior se agrava cuan-

¹⁶⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 329. Si bien no es el objeto de este estudio entrar en la teoría de la interpretación, sí es interesante observar cómo hay dos formas de verla. Por una parte, excluirla del proceso legislativo y por otra, incluirla en el mismo, a pesar de estar generalizada la idea de que el legislador crea, pero no interpreta lo creado. Tomemos primero un texto de Prieto Sanchis y luego uno de Finnis –en sistemas jurídicos diferentes– para matizar lo señalado. Dice Luis Prieto: "Cabe decir que en un sentido amplio –pero muy habitual– los juristas tienden a considerar como interpretativa cualquier actividad relacionada con el Derecho que no sea legislación o creación normativa y, más específicamente, cualquier actividad posterior a la promulgación de las normas: decidir sobre la validez de una norma, resolver una laguna o antinomia, formular un principio general del Derecho, cualificar unos hechos a la luz de los preceptos legales o motivar una sentencia formarían parte del mundo de la interpretación. En un sentido estricto, sin embargo, por interpretación conviene entender dos cosas que, aunque relacionadas, debemos diferenciar: primero, atribuir significado, a las normas, clarificar qué es lo que quieren decir; y segundo, delimitar su campo de aplicación, determinando los hechos, las situaciones, etc., en que cada norma es relevante". Ver Luis Prieto Sanchis, ob. cit., pp. 225 y 226. John Finnis, por su parte, nos indica que: "... los principios que deberían guiar al juez en su interpretación y aplicación tanto del Derecho común o consuetudinario como del Derecho legislado a los casos particulares son objeto de discusión científica entre juristas. Estos principios son casi todos de "segundo grado", en cuanto que tienen que ver con la interpretación y aplicación de otras reglas o principios cuya existencia aquellos presuponen. No son por tanto de interés directo para los legisladores, que tienen autoridad no simplemente para interpretar y complementar, sino también para cambiar y abolir las reglas existentes y para introducir reglas novedosas. No obstante, los principios de segundo grado son ellos mismos, en su mayoría, cristalizaciones o versiones (adaptadas a su rol de segundo grado) de principios de "primer grado" que deben guiar incluso a una "legislatura soberana" en sus actos de legislación. Además, un legislador que ignora en su legislación un principio relevante de primer grado, probablemente hallará que sus leyes son controladas, en su aplicación por los ciudadanos, los tribunales y los funcionarios, por ese principio en su forma de segundo grado, de manera que al fin y al cabo el Derecho acerca del objeto particular tenderá a ser una *determinatio* de ese principio (entre otros)". Ver John Finnis, ob. cit., pp. 313 y 314.

do hay que tomar “*decisiones bajo riesgo*”. La línea de argumentación de Kaufmann es la siguiente:

“Cuando... no se le rinde reconocimiento al punto de vista objetivista extraído de la personalidad de quien crea Derecho, propio de la teoría de la argumentación, y cuando tan importantes factores como la relatividad y la pluralidad de los conocimientos (con la posibilidad de que varias respuestas distintas entre sí pueden ser correctas), se descuidan (en conformidad con la exigida “fundamentación última”, esto no parece milagro), entonces estos esfuerzos no tendrán finalmente éxito. Lo anterior vale, en especial para decisiones bajo riesgo, con las cuales no es posible ignorar que, por principio, no son susceptibles de consenso”¹⁶⁸.

Kaufmann no se detiene en un análisis exhaustivo de la argumentación jurídica, el tema central para él, es el de la prelación, a fin de cuentas, es un proceso como el de la consideración con respecto a los bienes básicos tal como lo hace Finnis. La diferencia es que este rige su proceso de acuerdo con las “*exigencias básicas de la razonabilidad práctica*”. Con respecto a las reglas de argumentación y prelación señala que:

“En la forma en la que las presenta la teoría de la argumentación (John Rawls, Chaim Perelman, Robert Alexy, Ulfried Neumann) son tan generales y abstractas que no pueden fijarle contornos al proceso de conocimiento y menos determinarlo. Las teorías formales de la argumentación poseen la ventaja de poder ser aplicadas en todas partes, pero la desventaja es que no agarran. Se trata, entonces, de una doctrina general de la argumentación (según el tipo, de una “doctrina jurídico-procesal”), y en este sentido es, desde luego útil. Pero en la práctica se necesitan doctrinas especiales de la argumentación o, mejor, reglas de argumentación, y estas pueden ser materiales. Una teoría material de la argumentación que fuese

¹⁶⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 329. Por otra parte, aunque Kaufmann no se refiera a eso sino a la teoría de las decisiones bajo riesgo, está el tema moral como dice el Papa Benedicto XVI: “El principio de la mayoría siempre deja abiertas las cuestiones acerca de la fundamentación ética del Derecho”. Ver Julio Rodríguez Berrizbeitia, *Caminos de la filosofía jurídica actual*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 97, Caracas, 2011, pp. 143 y ss.

válida: para todos los discursos imaginables no puede, sin embargo, existir, así como tampoco una sola ley de enjuiciamiento"¹⁶⁹.

Neil MacCormick que ha elaborado una importante obra acerca de la argumentación señala:

*"Debe insistirse, de hecho, en que el juez u otro intérprete autorizado del Derecho, es un agente moral que debe asumir responsabilidad moral por la decisión interpretativa que adopta y por la decisión concreta que mantiene respecto de las partes"*¹⁷⁰.

Al final Kaufmann no se resigna a renunciar a las "reglas de prelación". Es más, se inclina por el modelo de Rawls y propone una alternativa propia a través del principio de tolerancia. En tal sentido señala:

"Si se aspira a obtener reglas de argumentación y de prelación, por ejemplo, para las comisiones de ética (me he ocupado de esto), entonces uno se tropieza con dificultades extraordinarias. Tengo la sospecha de que lo mejor sería partir del principio de diferencia expuesto por Rawls, de acuerdo con el cual la posición social más precaria decide sobre el mejor argumento ético (protección de las minorías y de los más débiles), pero esta fórmula se tiene que concretar y materializar en forma considerable hasta adecuarla. En la ficción del pacto originario mencionado por Rawls... se acuerdan, entre otras cosas, reglas de prioridad que son generalizables. Lo decisivo es, en resumen, lo siguiente: el criterio de prioridad, que nos informa para cada caso por qué un determinado metaorden tiene la máxima prioridad, significa, ... que a la persona que, en relación con la repartición de los valores individuales, está colocada en la postura más desventajosa, se le debe conceder el argumento que decida la prioridad, cuando se presenta una situación frente a la cual ella estaría aun en peor posición de otorgársele la prelación al metaorden de las personas mejor colocadas. Esto significa, en un lenguaje más sencillo y general, protección a las minorías

¹⁶⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 329 y 330.

¹⁷⁰ Neil MacCormick, *Instituciones del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 323. Ver Manuel Atienza, ob. cit., p. 105.

*(la necesidad tiene, en el aseguramiento de la existencia, prioridad frente al rendimiento), los derechos fundamentales, las libertades fundamentales (con respecto a lo cual se debe anotar qué derechos y libertades fundamentales son, ante todo, derechos de defensa: status negativus). Hacia una dirección parecida a la regla de prioridad de Rawls se dirige el principio de tolerancia. También tolerancia es algo que se adecúa sobre todo a los pobres y a los más débiles, cuya existencia está amenazada*¹⁷¹.

El tema del principio de tolerancia es clave para Kaufmann ya que lo incluye entre los principios generales del Derecho como seguidamente vamos a ver. Para Kaufmann los principios generales del Derecho son tópicos (*topoi*) muy importantes de la argumentación y tienen, por ende, gran peso cuando se trata de la protección de las minorías y de los más débiles. En efecto, cuanto más se concretan, tanto más contingentes devienen y rara vez se podrá fundamentar una decisión solo en un principio tal. En el fondo no se puede presentar abstractamente la forma como actúan los principios generales en la argumentación, tan solo se puede demostrar con ejemplos¹⁷².

El autor que venimos estudiando concentra su atención en una serie de principios desarrollados a lo largo de la historia. En tal sentido se refiere a: 1.- El principio de *suum cuique tribuere* que le atribuye a Cicerón. En virtud de tal principio a cada quien se le debe garantizar lo suyo. Lo mínimo que le corresponde a cada uno es la vida propia, individual, insustituible, su identidad. 2.- La regla de oro expuesta en el sermón de la montaña por Jesús. Según ella –en su forma positiva– señala que “*haz a los demás aquello que desearías que los demás hicieren por ti*”. En su forma negativa expone que no hagas a los demás lo que no deseas que te hagan. 3.- El imperativo categórico de Kant formulado de la siguiente manera: a) Obra de acuerdo con tales máximas que tu puedas desear se erijan en leyes generales y b) Obra de tal manera que consideres a la humanidad en tu persona, así como en la persona de cualquier otro, siempre, a un mismo tiempo, como fin y nunca tan solo

¹⁷¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 331 y 332.

¹⁷² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 338.

como medio. 4.- El principio del juego limpio de Rawls de acuerdo con el cual obra de tal manera que todos los interesados participen de igual forma tanto en las ventajas como en las desventajas. 5.- El principio expuesto por Hans Jonas de la responsabilidad según el cual obra de tal manera que las consecuencias de tu acción no destruyan, amenacen, o disminuyan la posibilidad de la vida humana y de su medio ambiente hoy y en el futuro. 6.- El principio de tolerancia del propio Kaufmann para quien obra de tal forma que las consecuencias de tu acción sean compatibles con el mayor rechazo o la más significativa disminución de la miseria humana (utilitarismo negativo). Para Kaufmann: *“Las argumentaciones a partir de dichos principios (todavía existen más), las cuales se encuentran todos relacionados entre sí, no son obligatorias. Podría ser, no obstante, que fuesen en alto grado evidentes. Ellas guardan el punto medio aristotélico entre la pretensión de absoluto y la de relatividad”*¹⁷³. La última afirmación vuelve a retomar el punto de partida de Radbruch con respecto a la relatividad y el rol de la misma para la democracia.

Algo de lo expuesto por Kaufmann, pero en un lenguaje jurídico más actual se encuentra en Finnis. En efecto, este señala que en los dos milenios desde que Platón y Aristóteles iniciaron la investigación (formal) acerca de los contenidos de la razonabilidad práctica, la reflexión filosófica ha identificado un considerable número de exigencias metodológicas en el razonamiento práctico. Dichas exigencias se refieren a lo que uno debe hacer o pensar. Entre ellas (enumera Finnis) están:

*“Un plan de vida coherente; ninguna preferencia arbitraria entre los valores; ninguna preferencia arbitraria entre las personas; desprendimiento y compromiso; la relevancia limitada de las consecuencias, es decir, se requiere eficiencia dentro de lo razonable; respeto por los valores básicos en todo acto; cumplir con las exigencias del bien común; seguir la propia conciencia y llegar como consecuencia de lo anterior a lo moral, lo moralmente debido a lo correcto”*¹⁷⁴.

¹⁷³ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 338 y 339.

¹⁷⁴ John Finnis, ob. cit., pp. 133 a 156.

Finnis matiza más el alcance de su planteamiento señalando:

“En verdad, algunas partes de un sistema jurídico normalmente están, y ciertamente deben estar, constituidas por reglas y principios que corresponden estrechamente a exigencias de la razón práctica que son en sí mismas conclusiones directas de la combinación de un valor básico determinado (e.g. la vida) con una o más de esas exigencias metodológicas de la razonabilidad práctica”¹⁷⁵.

Para concluir con el tema de la idea del Derecho Kaufmann se ocupa de la seguridad jurídica la cual fue referida por Radbruch en “*las antinomias de la idea del Derecho*”. En tal sentido señala:

“La justicia, la finalidad y la seguridad jurídica del Derecho, dominan conjuntamente a este en todos sus aspectos, aunque puedan surgir entre estos elementos entre sí agudas contradicciones. Hay épocas que se inclinan a marcar el tono sobre uno u otro principio. Así el Estado-policía intentó que predomine el principio de la finalidad, olvidando en las decisiones de su justicia de cámara la justicia y la seguridad. La época del Derecho natural intentó derivar al conjunto de la idea formal de justicia la totalidad de los contenidos jurídicos al par que su vigencia. La pasada época del positivismo, con fatal unilateralidad, solo vio la positividad y la seguridad del Derecho y ocasionó que por largo tiempo quedara silenciosa la investigación metódica de los fines y hasta de la justicia del Derecho establecido, haciendo enmudecer durante decenios a la filosofía jurídica y a la política del Derecho”¹⁷⁶.

Kaufmann se ocupa de la seguridad jurídica como certeza la cual permite pensar en la eficacia del Derecho. Para que el Derecho sea seguro requiere positividad lo cual para Kaufmann se traduce en que las características de la ley se determinen de la manera más exacta posible. La indeterminación de los conceptos en el Derecho atenta contra la certeza de aquello que es Derecho. Lo anterior no debe traducirse en unas normas casuísticas, impregnadas de detalles, que a fin de cuentas garantizan un alto grado de seguridad jurídica, pero ponen en grave riesgo a

¹⁷⁵ John Finnis, ob. cit., p. 309.

¹⁷⁶ Gustav Radbruch, ob. cit., pp. 149 y 150.

la justicia material lo que para Radbruch es la justicia del bien común. A lo planteado con respecto a la seguridad jurídica Kaufmann adiciona que el Derecho debe ser practicable. A lo anterior el autor que comentamos añade la invariabilidad del Derecho que se expresa en permanencia y durabilidad. Este carácter de inmutabilidad del Derecho –para Kaufmann– puede ocasionar conflicto de intereses en la idea del Derecho. Considerada desde la perspectiva de la justicia material una norma defectuosa –a veces es más que eso– debe ser cambiada lo más rápido posible por otra mejor. El tema central es determinar la velocidad de esos cambios ya que la justicia no puede fácilmente asimilar una dinámica tal que se traduzca en una falta de uniformidad jurídica en la aplicación del Derecho que podría conllevar a situaciones altamente injustas. Si bien vivimos en una sociedad de cambios rápidos para el juicio que el gobernado hace del gobernante, esos cambios bruscos pueden traducirse en una falta de claridad con respecto a los objetivos perseguidos¹⁷⁷.

Pero viendo el tema de la seguridad jurídica en una dinámica social constante podemos apreciar, según el análisis de Kaufmann, la dialéctica existente entre la aplicación del Derecho justo y la exigida del positivo. Lo anterior lo expone en estos términos:

“Pero seguridad jurídica no significa, necesariamente, la aplicación cierta del Derecho justo, sino la ejecución segura del frecuentemente defectuoso Derecho positivo. De esto pueden resultar conflictos de intereses, especialmente entre la justicia material y la seguridad jurídica. ¿Qué sucede en caso de conflicto cuando las dos no se pueden realizar a un mismo tiempo?”¹⁷⁸

El conflicto siempre va a existir, pero su existencia nos remite a un aspecto material del Derecho que pareciera que solo observamos cuando la evidencia del Derecho injusto está frente a nosotros. Con qué claridad lo planteó Radbruch al señalar:

“La filosofía no debe proporcionar decisiones, sino situar ante la decisión; no debe hacer la vida fácil, sino, precisamente problemática.

¹⁷⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 349 y 351.

¹⁷⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 351.

*Un sistema filosófico debe semejarse a una catedral gótica, en donde las masas se sostienen al pugar unas con otras*¹⁷⁹.

Diera la impresión que para los juristas como Radbruch y Kaufmann, testigos presenciales de una época en la cual una buena parte del Derecho vigente se separó de forma descarada de la justicia, se perdió la fe ciega que se tenía con respecto a la seguridad jurídica. El siguiente texto de Kaufmann y Radbruch (citado por Kaufmann) es reflejo de las aprehensiones de ambos con respecto al tema planteado:

“La experiencia con los sistemas injustos de nuestro tiempo nos ha mostrado que tampoco la seguridad jurídica es un valor absoluto. No obstante, el rechazo de la seguridad jurídica tiene que restringirse a casos extremos de injusticia legal, pues con frecuencia las corrupciones legislativas no son fáciles de reconocer, sin que se presenten dudas, y esto puede traer consigo incertidumbres. En sus esfuerzos por superar las injusticias causadas por el nacionalsozialismo, Gustav Radbruch acuñó una fórmula que se volvió muy conocida. Esta, desde luego, no es la piedra filosofal; sería muy difícil, sin embargo, encontrar una fórmula mejor. A continuación, literalmente los pasajes más importantes:

*El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del Derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que deba considerarse “como falso Derecho” y ceder el paso a la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas a pesar de su contenido incorrecto; pero otro límite podrá distinguirse con toda claridad: cuando nunca se procuró la justicia, donde la igualdad que integra el núcleo de la justicia se negó conscientemente a la regulación del Derecho positivo, allí la ley no es solo “Derecho incorrecto”, sino carece por completo de la naturaleza del Derecho, pues no se puede definir el Derecho, inclusive el Derecho positivo, de otra manera que como un orden y estatuto, que de acuerdo con su sentido están determinados a servir a la justicia”*¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Gustav Radbruch, ob. cit., p. 150.

¹⁸⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 352 y 353.

SÉPTIMA PARTE

LA VALIDEZ DEL DERECHO. DERECHO DE RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA CIVIL

Para Radbruch el problema de la validez del Derecho es el problema de la “*normatividad de lo fáctico*”. Como los hechos (el ser) se convierten en deber ser (normatividad) es una de las grandes preguntas que la filosofía del Derecho se ha hecho a lo largo de los siglos¹⁸¹.

Kaufmann se vale de la siguiente afirmación de Carl August Emge para introducir el tema de la validez jurídica: “*La cuestión fundamental de la filosofía del Derecho se encamina a saber cómo a partir de imperativos, de presuntos deberes conforme a la experiencia, así sea también aquellos de un poder supremo, son posibles normas realmente vinculantes, un auténtico deber ser; esto es, algo enteramente distinto*”. Y en otra parte agrega: “*Haber entendido este problema significa comprender toda la estructura de la filosofía del Derecho*”¹⁸². El tema clave para Kaufmann no se reduce a la validez empírica en los términos discernidos por Weber va más allá al reconocimiento de “*la oportunidad de recepción de una norma jurídica de acuerdo con su contenido en la conciencia de los obligados jurídicamente*”. Es evidente que tal reconocimiento está en función de su contenido y no de la ayuda del aparato coercitivo. Adicionalmente luce también claro que Kaufmann pretende involucrarse con un planteamiento trascendental al estilo kantiano que lo lleve a visualizar al menos de forma entendible, las condiciones por las cuales las normas jurídicas se hacen vinculantes para la conciencia.

Si bien, para el autor que comentamos los auténticos deberes solo pueden ser fundamentados de manera autónoma y no heterónomamente, las dificultades empiezan pronto a surgir. Así señala Kaufmann:

“...la autonomía entendida de modo excesivo, destruye la legalidad normativa. Autonomía significa auto legislación. La frase “el hombre tiene una naturaleza autónoma” significa en el estricto sentido

¹⁸¹ Gustav Radbruch, ob. cit., p. 151. El capítulo 10 de la Filosofía de Radbruch relativo a “la validez del Derecho” comienza con la siguiente cita de Seume: “Tú debes, porque yo quiero, es un desatino, pero, tú debes, porque yo debo, es una conclusión justa y la base del Derecho”. Ver Gustav Radbruch, ob. cit., p. 151.

¹⁸² Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 360 y 361.

del término, que el mismo se da en las normas que rigen su actuar, que él es su propio legislador”.

Más adelante señala el autor que comentamos:

“Si la exigencia moral y jurídica pretende tener un carácter obligante, entonces tiene que representar una medida que no sea puramente subjetiva, que los valores sean objetivos, eso queda en tela de juicio. De todas maneras, surge la pregunta sobre si por ese camino no nos hallamos de nuevo frente a la heteronomía y, con ello, ante la renuncia a un verdadero deber ser”¹⁸³.

En la consecución de su argumentación, Kaufmann necesariamente tenía que pasar por la solución kantiana relativa a que en la autonomía *“la voluntad no se somete exclusivamente a la ley, sino que se somete de tal forma como si fuera su propia legisladora y en razón de esto, precisamente, se tiene que ver, ante todo, sujeta a la ley (de la cual puede ser considerada autora)”*. Lo anterior, que pudiera parecer algo confuso, solo se entiende para Kaufmann recurriendo al rol de la razón kantiana. Así nos dice que:

“Pues solo la razón puede ser autónoma, puede ser regulativa y determinante. Lo racional no es nunca para Kant lo individual y particular, sino lo general y genérico. En ese mismo sentido comprende Kant la conciencia, como órgano de la razón práctica, autónoma”¹⁸⁴.

Al fin del camino terminamos en la conciencia, la cual no ocupa un rol esencial ni en Hume ni en Adam Smith. La vuelta a Sócrates, como lo hace la filosofía moral de Maritain para mostrarnos lo absoluto y permanente de los valores morales. No son ni los dioses del panteón ni la idea de “conciencia objetiva” de Hegel la que mejor explican ese sentido moral que se encuentra por encima de lo positivo, exigiéndose

¹⁸³ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 361 a 363. Andrei Marmor ha realizado un concienzudo análisis relativo a el antirreduccionismo de Kelsen relativo a la validez legal y su comparación con Hart. Ver Andrei Marmor, ob. cit., pp. 28 y ss.

¹⁸⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 363 y 364.

de modo objetivo, su adecuación a lo que es permanente en el ser. La conclusión a la que llega Kaufmann luego de comentar diversas posiciones es la siguiente:

“O bien la conciencia subjetiva constituye la última instancia, razón por la cual no puede existir ningún orden material de valores exterior o superior que ligue la conciencia (aun cuando puede representar, en todo caso, una pauta no vinculante para ésta); no se vislumbra cómo se puede evitar la anarquía de acuerdo con este punto de vista. O bien existe un orden material de valores vinculante y, por ende, la conciencia no constituye la instancia definitiva y última; una acción que vulnere un deber objetivo puede, de todas formas, valorarse como error de conciencia disculpable y, por tanto, como no imputable... En consecuencia, la fuerza vinculante del orden moral y jurídico no se fundamentará, según parece, finalmente en la conciencia”¹⁸⁵.

Para Finnis las exigencias básicas de la razonabilidad práctica se traducen en una reflexión acerca *“de los modos de operar de la conciencia”*. Por ello *“seguir la propia conciencia”* supone una de las exigencias metodológicas de la razonabilidad práctica. Esta exigencia *“es bastante característica”*. Es la exigencia de que uno no debiera hacer lo que juzga o piensa o siente –en– definitiva que no debiera hacerse. Es decir, uno debe actuar *“de acuerdo con su propia conciencia”¹⁸⁶*.

De alguna manera la conciencia es el juicio (*sententia*) al que uno llega cuando aplica los primeros principios prácticos, por ejemplo, el Derecho natural a un particular tipo de situación sobre la cual uno está deliberando o al menos contemplando actuar o se refleja en lo que uno hace. Una conciencia errónea está moralmente prohibida simplemente porque la persona en error actúa en contra de la verdad¹⁸⁷.

Para Maritain:

“...cada vez que por motivos de conciencia –para tener una conciencia pura– abandonamos algo que realmente amamos, cada

¹⁸⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 367 y 368.

¹⁸⁶ John Finnis, ob. cit., p. 154.

¹⁸⁷ Ver John Finnis, *Aquinas, Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 123 y 124, nota al pie de página número 101.

vez que nos elevamos por encima de todo lo que el mundo hace y piensa, a fin de tomar una decisión que juzgamos verdaderamente buena, la experiencia moral nos pone frente a una realidad que es esencialmente nuestra, que está enraizada en mi libertad personal, de tal suerte que toda presión exterior solamente tiene poder sobre mí en la medida en que yo quiero darle ese poder”¹⁸⁸.

De lo anterior se desprende que no estamos frente a una decisión caprichosa más sujeta a un subjetivismo que frecuentemente se usa para minar la toma de posición moral sino más bien a un acto de la razón práctica dirigido por principios derivados del Derecho natural.

Kaufmann en el desarrollo de su obra relaciona a la validez del Derecho (orden normativo) con los criterios de reconocimiento y consenso que están presentes respectivamente en la teoría del reconocimiento y la del consenso. Kaufmann toma de Hegel la fundamentación del consenso, así nos indica que:

“No debemos concebir el reconocimiento en cuanto acto real del sujeto de Derecho sino, como lo encontramos sobre todo en Hegel, en tanto un tener que reconocer lógico necesario, que no se puede eludir a discreción: a propósito, por el deseo de procurarse él mismo propiedad, el ladrón reconoce el Derecho de propiedad y con ello su protección jurídica, colocándose, por tanto, en contradicción consigo mismo (lógica del hecho propio). Pero, independientemente de tener que reconocer en virtud de la consecuencia lógica, no es un reconocimiento real. La así entendida teoría del reconocimiento fracasa por lo menos frente al delincuente en conciencia y convicción, el cual no está en contradicción consigo mismo, pues rechazó la norma jurídica, conscientemente en razón de un deber real más alto que el supuesto”¹⁸⁹.

De acuerdo a lo precedentemente indicado Kaufmann procede a explicar, tal como lo hacen los seguidores de las teorías de los sistemas sociales, sobre la base de la formalización del proceso de

¹⁸⁸ Jacques Maritain, ob. cit., p. 21.

¹⁸⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 368 y 369.

reconocimiento. En tal sentido señalando lo formulado por Parsons y Luhmann explica que

“Reconocimiento no significa... asentimiento a partir de convicción, pues en una sociedad compleja el sistema político solo puede funcionar cuando el sujeto del orden jurídico también funciona, cuando aprende, en lo posible libre de molestias y se ajusta al sistema; también él es parte del sistema total, así que, en últimas el sistema mismo produce el reconocimiento. En este concepto hay una apreciación correcta: los sistemas de Derecho solo pueden garantizar orden cuando la observancia del Derecho está garantizada. Pero las normas, los imperativos, pueden convertir, así mismo, un “orden” funcional en un sistema injusto, por ejemplo, en campos de concentración. Una teoría del reconocimiento que prescinde del contenido, del ser justo de las normas... no está en condición de fundamentar su deber ser”¹⁹⁰.

En lo relativo a las teorías del consenso Kaufmann se refiere al modelo del contrato y al del discurso. Luego de analizar el modelo del pacto de Rawls que tiene antecedentes en Rousseau y el del discurso cuyo principal representante es Habermas, Kaufmann llega a la siguiente conclusión:

“... el consenso real de ninguna manera es un criterio de validez para el Derecho, sino su capacidad de consenso. En este sentido ya Gustav Radbruch había mencionado que la teoría del reconocimiento pasa imperceptiblemente de la justificación jurídica, a partir del reconocimiento verdadero, a la justificación jurídica, a partir del simple deber de reconocer”¹⁹¹.

¹⁹⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 369. Sobre los sistemas jurídicos ha señalado Alchourrón y Bulygin: “Cuando los filósofos del Derecho hablan de sistemas jurídicos utilizan casi siempre esta expresión en el sentido de “ordenamiento”, es decir, se refieren a la totalidad de las normas válidas según un criterio de identificación. El concepto más general de sistema, que hemos tratado de caracterizar en este trabajo (cualquier conjunto de enunciados que contenga todas sus consecuencias) ha recibido muy escasa atención por parte de los filósofos del Derecho”. Ver Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Editorial Astrea, segunda edición, Buenos Aires, 2012, p. 115.

¹⁹¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 371.

Lo anterior no disipa las dudas del autor que estudiamos. Es más, el tema del consenso acerca de la norma sigue sobre la mesa en busca de una respuesta que ciertamente no está, al menos del todo, en “*la producción correctamente formal de la norma*”. El tema material siempre parece emerger en el análisis de Kaufmann. Por ello expresamente señala que: “*La capacidad de consenso depende... en esencia del contenido de las normas*”, de que esté presente, al menos en forma aproximada, el Derecho correcto. Pero de qué forma el discurso contribuye a la elaboración de los contenidos requeridos. Sobre este tema ratifica Kaufmann:

“Para elaborar los contenidos correctos, bien se requiere del discurso, pero no únicamente de un discurso pensado, ideal, sino ante todo del discurso real, así como se ha practicado efectivamente, una y otra vez a lo largo de la historia. Un discurso real así no suministra “fundamentaciones últimas”, como las que demandan algunos teóricos del Derecho, sino siempre tan solo resultados problemáticos, soluciones riesgosas que más tarde pueden resultar falsas. Lo determinante es asegurar dichos resultados y soluciones de manera argumentativa tal que puedan ser vistos como plausibles, aceptados como válidos intersubjetivamente. Verdad (corrección) no se puede escindir; al menos no en el ámbito de lo normativo, de su intersubjetividad”.

La teoría del discurso, por tanto, no se puede rechazar, aun cuando tiene que ser complementada por medio de un criterio material¹⁹².

A fin de cuentas, Kaufmann trata de centrar su atención en un Derecho que tomando la tradición clásica, no pierda de vista darle a los hombres, lo que le corresponda en sus relaciones con los demás hombres y con las cosas, pero al mismo tiempo, que sea capaz de ser reconocido por las conciencias de los individuos que deben orientar sus acciones u omisiones conforme a él.

Pero ¿qué sucede cuando en conciencia no podemos actuar de conformidad con los mandatos jurídicos? En respuesta, en parte, a la

¹⁹² Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 371 y 372.

pregunta que nos acabamos a hacer, Kaufmann se refiere al Derecho a la resistencia. Para Kaufmann:

*“El Derecho a la resistencia, en sentido amplio, no se dirige solo contra la autoridad, o bien, contra las leyes, sino igualmente contra individuos o grupos, cuando estos amenazan la Constitución; el Derecho a la resistencia sirve, al apoyo de la fuerza estatal, por ejemplo, cuando esta es muy débil para mantener el orden; a esto se le llama también ayuda a la Constitución”*¹⁹³.

No es accidental en el desarrollo del tema de la validez de Derecho que Kaufmann se refiera al Derecho a la resistencia. Su conflicto, como el de muchos juristas, se refiere a la posibilidad de oponer resistencia frente al Derecho válido (al menos formalmente). La referencia al positivismo siempre va a generar las interrogantes que el mismo va a provocar. En este sentido señala:

*“El positivismo considera todo Derecho positivo producido de manera correcta, sin consideración a su contenido, como Derecho válido y respectivamente como legal también a toda autoridad que se apoya en tal Derecho. Según esto no puede existir derecho a la resistencia; puede solo estar justificado moralmente (quienes llevaron a cabo la resistencia durante el Tercer Reich, la ejercieron en forma altamente moral, pero de manera antijurídica)”*¹⁹⁴.

La introducción del autor que comentamos de la antítesis derecho-moralidad parece que pudiera complicar el tema relativo la síntesis requerida y exigida entre el Derecho y la moralidad. Lo que sí es cierto como señala MacCormick es que existen exigencias derivadas de la moral autónoma que le crean al Derecho la necesidad de ajustarse a dichas exigencias¹⁹⁵. Lo anterior obliga a diferenciar a Kaufmann entre el Derecho a la resistencia en un estado que no es de Derecho y en un estado que sí lo es. Para el autor que comentamos el Derecho a la resistencia ha sido positivizado en la mayoría de las constituciones¹⁹⁶.

¹⁹³ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 375 y 376.

¹⁹⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 375.

¹⁹⁵ Neil MacCormick, ob. cit., pp. 327 y 328.

¹⁹⁶ Kaufmann da como ejemplo la Constitución alemana. En el caso de Venezuela el artículo 350 de la Constitución Nacional señala: “El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición demo-

Kaufmann luego de referirse a la larga historia de la resistencia desde Aristóteles hasta hoy nos aporta una serie de criterios que pueden iluminar una situación como la que actualmente vive nuestro país. Si bien no podemos en este estudio dar todos los detalles que quisiéramos aportar, quizás sea suficiente señalar que nos encontramos frente a un gobierno que por acumulación de los poderes de otros entes que participan en la separación exigida por un régimen democrático, ha logrado imponer una situación jurídica formal contraria a la Constitución Nacional y a los valores promulgados por la misma.

Los criterios señalados por el autor en estudio se refieren a:

1. El derecho a la resistencia se debe manifestar en tanto Derecho a la legítima defensa social, esto es, frente a una autoridad criminal que ejerce su poder de tal forma que con esto se produce una amenaza a un peligro físico o psíquico al pueblo.
2. La resistencia, sobre todo la resistencia activa y, aun más la resistencia violenta, supone un grosero abuso del poder del Estado, la autoridad estatal tiene que aparecer claramente como agresora contra el bienestar de la comunidad y contra los derechos humanos esenciales, el carácter de vulneración del derecho propio de su acción tiene que estar escrito, por así decirlo, en la frente (“teoría de la banda de la frente”).
3. La resistencia solo debe ser considerada en forma subsidiaria, es decir cuando se hayan agotado todos los instrumentos legales y pacíficos. La resistencia tan solo puede ser la última *ratio* en un estado de necesidad, que no es posible conjurar de otra forma. Una concepción más amplia conduciría a amenazar la seguridad jurídica y conducir a una situación de anarquía y caos.
4. El principio de la proporcionalidad tiene que ser garantizado. Lo anterior obliga a una exigente consideración de los efectos con el objeto de evitar un aumento de “la infelicidad social”.

crática, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contrarie los valores, principios y garantías democráticas o menoscabe los derechos humanos”.

5. En relación con lo anterior se encuentra un elemento más relativo a las posibilidades de éxito de la acción planteada. Lo anterior no es un mero consecuencialismo que le reste poder moral a la iniciativa a tomar.
6. Las motivaciones de los actores deben estar orientadas por la consecución del bien de la comunidad y no por logros personales o particulares.
7. La resistencia se puede ejercer únicamente en razón del Derecho y fundamentada en la necesidad de restituir un estado de Derecho que incluya –sin excepción– la consideración de los valores y principios sobre los cuales este se fundamenta.
8. La resistencia debe controlar situaciones violentas que causen mayores daños y supongan situaciones que se conviertan en irreversibles a la hora de construir una paz social duradera.

Los elementos señalados anteriormente que conjugan los planteamientos de Kaufmann con algunas consideraciones propias constituyen en opinión del autor en estudio una manera de asegurar que la resistencia se realice (sea sancionada) no solo de acuerdo con la moral sino también conforme al Derecho¹⁹⁷.

Tema diferente es el relacionado con “*el derecho a la resistencia en el Estado de Derecho, especialmente la desobediencia civil*”. En este asunto Kaufmann sigue el análisis realizado por John Rawls, en tal sentido lo cita cuando señala:

“...quisiera ilustrar el contenido del principio del deber natural y de la obligatoriedad con ayuda de una teoría, apenas esbozada,

¹⁹⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 376 y 377. El propio autor que comentamos señala en las páginas ya citadas: “No existe ningún Estado y, por consiguiente, ningún Estado de Derecho, exento del peligro de degenerar en un estado que no es de Derecho, y en el cual no pueda provenir de la autoridad una injusticia realizada culpablemente. En consecuencia, resta saber si también en el estado de Derecho pueden tener lugar acciones permitidas de resistencia, actos de “resistencia débil”, dirigidos a evitar que luego, un día, cuando quizá ya sea demasiado tarde, la resistencia fuerte se torne necesaria”. En el caso venezolano podemos señalar sin ambages que nos encontramos en una situación en la cual el Derecho ha sido dejado de lado hace bastante tiempo. El tema de la pasividad social espera todavía un análisis más exhaustivo. De cualquier manera, la profundización en el mismo solo tendría pleno sentido si nos lleva a un cambio radical de la situación actual.

sobre la desobediencia civil... dicha teoría vale tan solo para el caso especial de una sociedad casi justa, que se encuentra, por tanto, bien ordenada y en la que aparecen, no obstante, algunas muy serias vulneraciones de la justicia. Una situación casi normal supone, en mi opinión, una forma democrática de gobierno; con lo cual la teoría se refiere al papel y a la adecuación de la desobediencia civil frente a un poder democrático conforme a Derecho... El problema de la desobediencia civil significa, por consiguiente, la piedra de toque para cada teoría sobre los fundamentos de la democracia”¹⁹⁸.

Pero el tema no es totalmente claro para Kaufmann ya que siempre podemos caer de nuevo en la antigua tragedia de la resistencia. Por ello acude a R. Dreier para quien *“la desobediencia civil está, pues, justificada cuando se dirige contra un derecho seriamente incorrecto y cuando se ejerce en forma pacífica y proporcionada. Esto lo podemos compartir en tanto que con ‘derecho seriamente incorrecto’ se piense en ‘derecho legalmente incorrecto’... pues tal Derecho no es válido”*. Quizás el tema alcance para el autor *in comento* su punto más álgido cuando el apego al estado de Derecho y la experiencia personal se combinan para señalar de forma que no luce del todo concluyente lo siguiente:

“Es posible que el vocablo “resistencia” parezca demasiado fuerte en relación con lo que aquí tenemos en mente. Las posibilidades de tales actos de rechazo frente al derecho incorrecto son numerosas. A renglón seguido se mencionarán un par de ejemplos. Quien las desprecia puede reflexionar, por una vez, si el régimen nacionalsocialista de perversión jurídica se hubiera podido establecer en forma tan arraigada si la mayor parte del pueblo hubiese

¹⁹⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 379. Paul Grahman dedica un capítulo de su obra ya mencionada, al tema de “La desobediencia civil y el castigo” en la obra de Rawls. En tal sentido lo cita textualmente: “¿En qué punto la obligación de cumplir con las leyes promulgadas por la mayoría legislativa (o con los actos ejecutivos apoyados por esa mayoría) dejan de ser obedecidas tomando en cuenta el Derecho que tenemos de defender nuestras libertades y la obligación de enfrentar la injusticia? Esto envuelve la naturaleza y los límites de la regla aprobada por la mayoría. Por esta razón el problema de la desobediencia civil es una prueba crucial para cualquier teoría de las bases morales de la democracia”. Ver Paul Graham, ob. cit., p. 111.

reaccionado oportunamente con el necesario coraje civil. Los señaló sin más comentario.

Desconfianza frente a los poderosos; valentía para la crítica abierta; desenmascaramiento de situaciones inconvenientes; rechazo del derecho incorrecto, también y precisamente cuando proviene de “arriba” o cuando representa la “opinión dominante”; no participación en acciones reconocidas como funestas, si bien con ellas sea posible perder adeptos; aun más, la protesta, el desagravio secreto, la epikie y, ante todo, la obediencia que se soporta, que en su estructura interna no es obediencia en absoluto, pues en este someterse se halla oculto el rechazo a la orden”¹⁹⁹.

Las vivencias de Kaufmann las hemos hecho propias en los últimos años en nuestro país. Una parte del mismo, a lo mejor es prematuro cuantificarla, han adoptado la posición formulada por el adagio popular “*de que si no puedes combatir algo es preferible unirte a él*”. Otros han desarrollado una resistencia como la ya expresada. En el caso de nosotros como juristas quizás Dios nos dé la posibilidad de, como Kaufmann, poder evaluar nuestras actitudes frente a la pregunta relativa a si agotamos los recursos requeridos, incluyendo los instrumentos jurídicos, para enfrentar –usando palabras de Radbruch– la catástrofe que hemos vivido en Venezuela en los últimos años.

Quizás sea ilustrativa la cita con la que comienza Radbruch su capítulo sobre “*La filosofía de la historia del Derecho*”: “*La piedra tolera paciente el cincel que la trabaja y las cuerdas que el artista pulsa le responden sin que a sus dedos opongan resistencia. Solamente el legislador trabaja con una materia autónoma y rebelde: la libertad humana (Schiller)*”²⁰⁰.

OCTAVA PARTE DERECHO Y MORAL

El tema de la relación entre el Derecho y la moral ha dado mucho que hablar. Kaufmann se introduce en la consideración de los autores

¹⁹⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 381.

²⁰⁰ Gustav Radbruch, ob. cit., p. 165.

que han planteado la separación entre Derecho y moral y los que no consideran que exista tal separación. A fin de cuentas, el tema parece ser constante en las discusiones del positivismo con el iusnaturalismo. En todo caso para Kaufmann “*Moral y derecho son distintos, sin duda, en algunos aspectos, pero no se encuentran divorciados entre sí*”²⁰¹. Para Radbruch se trata “*de una fecunda relación de tensión*”. No es ajeno a esta fecunda relación el tema de la justificación del Derecho y su recurso a la moral o lo que Carlos Nino llamaba “*la superfluidad del Derecho*”²⁰². Leiter desde un punto de vista “*naturalista*” no niega “*el realismo moral*”. Así señala que:

*“El argumento de la falta de poder explicativo no excluye necesariamente el realismo moral. Sin embargo, el realista moral debe llevar una doble carga. Debe, ya sea a) defender una presentación de los hechos morales como hechos que supervienen sobre o son idénticos a los hechos explicativos no morales o b) argumentar que el abandono de los hechos morales produce una pérdida explicativa (o de alguna virtud epistémica correlacionada)”*²⁰³.

Podemos pensar que los requerimientos de Leiter son tan excesivos que podrían convertir a lo moral en un tema subjetivo, y es precisamente esa reacción frente al subjetivismo presente luego de la Segunda Guerra Mundial, que reaccionaron filósofos morales como Anscombe, Foot y Murdoch. El tema no escapa al pensamiento de Radbruch y Kaufmann. Quizás los filósofos del Derecho debamos detenernos más –sin ningún tipo de prejuicio– en lo que Bernard Williams llamó “*moralidad, una institución peculiar*”. En efecto, para Williams: “*...la moralidad hace a la gente pensar que, sin esa obligación especial, hay solo inclinaciones; sin sus manifestaciones voluntarias, solo hay fuerza; sin su justicia pura última, no hay justicia*”²⁰⁴.

²⁰¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 387.

²⁰² Gustav Radbruch, ob. cit., p. 105. Ver el excelente artículo de Marisa Iglesias Vila: “¿Es realmente superfluo el Derecho? Justicia, política e insularidad del razonamiento jurídico”. *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 119 y ss.

²⁰³ Brian Leiter, ob. cit. p. 290.

²⁰⁴ Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, 1985, p. 196.

Kaufmann recurre, una vez más, a la validez del Derecho para buscar un fundamento (razón última) que se diferencie de la voluntad del legislador o del consenso. En este paso se diferencia de Kelsen. Así nos indica que:

“Pero en cuanto razón última (ante todo en un Estado que no es de Derecho) la validez del Derecho (su legitimidad material) no puede residir en la voluntad del legislador o bien en el consenso de la sociedad pues, de lo contrario, tan pronto como la voluntad legislativa haya exteriorizado el ius esto lo injusto por antonomasia tendría que ser aceptado como Derecho vinculante. Desde que el positivismo perdió su inocencia, el imperium y el consenso no pueden ser citados en forma exclusiva en tanto fundamentos de la validez del Derecho.

Está condenado al fracaso también el intento de Kelsen de fundamentar el Derecho en un “puro deber ser jurídico”, independientemente de todo deber ser moral. La “norma fundamental”, es decir, eso en lo que él pretende anclar tal deber ser, ha de concebirse, según su propia afirmación, “como norma de Derecho natural” y es, por consiguiente, una categoría moral”²⁰⁵.

Las argumentaciones desarrolladas por Kaufmann son de gran interés y reflejan consideraciones largamente maduras. A veces pareciera que se quiere excluir lo moral porque se quiere preservar al Derecho y con ello no se preserva a ninguno de los dos. Kaufmann no incurre en este error y honestamente se plantea el tema de la relación entre el Derecho y la moral. En un párrafo extremadamente esclarecedor señala:

“...no se pretende afirmar que moral y Derecho sean una y la misma cosa. Esto, entre otras, no es así porque el Derecho tiene que ver con un único valor moral, y, por cierto, con el más elemental: la justicia, de tal forma que siempre es posible un conflicto con otros valores de la moralidad, por ejemplo, con el mandamiento del amor. Acto seguido, ha de pensarse que el Derecho ni siquiera puede garantizar la perfecta realización de la justicia, pues a nosotros no nos es dada la justicia total y, por ese motivo, no la podemos retener en normas de Derecho. En razón de la seguridad jurídica

²⁰⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 391.

y de la paz jurídica, una norma de Derecho tiene que preservar su validez, pese a que en el caso particular conduzca a un resultado no equitativo, mientras no contradiga a la justicia de manera general y absoluta. Luego, no es posible omitir lo siguiente: si bien el orden jurídico, en últimas, se muestra en tanto orden moral, de esto no se infiere en absoluto que todo orden moral tuviese o por lo menos debiese ser concebido jurídicamente. El Derecho que ha de dirigir sus exigencias a todos, incluso a quienes no están en capacidad de ejecuciones morales demasiado exigentes, puede establecer únicamente, exigencias promedio, frente a hombres promedio; esto significa que el Derecho puede concernir a tales relaciones en las que, de todos los hombres, con la mayor aproximación, se pueda exigir lo mismo”²⁰⁶.

Pero es ese aspecto resaltado por Kaufmann –independientemente de su alcance– de la restricción del Derecho a la moral la que plantea una ley frente a un mundo en que la moralidad se ha convertido en un traje propio –no compartido– que se quita y se pone. En tal sentido nos señala Kaufmann que:

“Esta restricción del Derecho a la esfera de la moralidad sencilla, elemental, ha de construir precisamente en un tiempo como el nuestro, en el que la inseguridad en el ámbito ético se hace perceptible, directriz de la legislación e igualmente de la jurisprudencia”²⁰⁷.

El razonamiento de Kaufmann es conclusivo en el tema relativo a la obligación moral de actuar conforme a las leyes válidas. Su matización, no obstante, se refiere a aquella ley que por quebrantar a la justicia carece totalmente de validez. En tal sentido señala:

“...la observancia de leyes válidas, tan defectuosas como ellas puedan ser, constituye siempre un deber moral, precisamente porque solo existen deberes jurídicos en cuanto deberes morales. Sin embargo, allí donde se ejerce resistencia contra una ley, que debido a su evidente quebrantamiento de la justicia carece totalmente de validez, no resulta ni un conflicto con el orden jurídico, ni con el

²⁰⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 392 y 393.

²⁰⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 393.

orden moral, puesto que quien lucha por la resistencia no solamente está en armonía con el orden moral sino en contra de la concepción positivista también con el orden jurídico. No es pues, ningún infractor y tampoco un “delincuente por convicción”²⁰⁸.

Con respecto a la pretendida diferenciación entre el Derecho y la moral de acuerdo con el criterio de exterioridad e interioridad Kaufmann concluye:

“Seguro que tales tensiones entre moral y Derecho pueden darse, pero no es posible construir sobre ello una distinción esencial. La aseveración según la cual para el Derecho los sucesos psíquicos y espirituales son indiferentes está deficientemente cimentada, por cuanto conocimiento, voluntad, intención, buena fe, error, consenso, disenso, tienen para el Derecho una gran significación. En dirección contraria, también para la moral es importante la conducta externa, así como lo es para el Derecho la conducta interna. Existe únicamente una diferencia de grado en la perspectiva. En el Derecho se valora a lo interior desde afuera; en la moral se valora lo exterior a partir de lo interior”²⁰⁹.

El punto señalado por Kaufmann es de una actualidad evidente para la filosofía jurídica ya que ha vuelto a poner sobre el tapete conceptos jurídicos que se habían quedado “inertes” en el tiempo, como la intención, a pesar de todos los avances que se han producido en el mundo de hoy. La filosofía ha sido un baluarte, nada desdeñable, para aumentar nuestra capacidad de analizar dichos temas a la luz del entendimiento requerido para proporcionar mejores explicaciones. No se si el término filosofía práctica explica una parte de lo que queremos expresar, pero, al menos, vale la pena mantenerlo para tener presente la función de la filosofía en el mundo de hoy. Lo anterior es particularmente importante en el análisis práctico de la moralidad el cual ha adquirido relevancia en los últimos tiempos.²¹⁰

²⁰⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 394. Kaufmann se refiere al delincuente por convicción en la obra que venimos comentando, p. 369, nota 22.

²⁰⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 395.

²¹⁰ El tema es, por ejemplo, considerado por el llamado dilema del tranvía que es un experimento mental en ética que fue ideado por Philippa Foot y analizado extensamente por

Sobre el señalamiento de que el Derecho debe conformarse con la mera legalidad, Kaufmann insiste en poner de relieve su carácter normativo, así nos explica que “*si el Derecho es norma, entonces no se puede conformar con la legalidad, pues la norma exige moralidad*”. De más está insistir que para Kaufmann, el orden y la coerción como tales, no pueden fundamentar ningún deber ser²¹¹.

Continuando con su análisis del tema relacional que hemos venido considerando, Kaufmann introduce el asunto relativo a las reglas sociales. Su planteamiento parte de las consideraciones de Max Weber, para quien:

*“Las reglas sociales son, según esto, regulación de la acción social ligada a normas y a valores, que en el ámbito de validez y en las sanciones con ellas relacionadas va más allá de los usos y de los hábitos, pero no alcanza en principio, la formalización del “orden normado”, así como se manifiesta en el Derecho y en la ley”*²¹².

Es interesante poner de relieve que Hart siguió la misma ruta de diferenciar las reglas sociales de las jurídicas y de las morales. Al final nuestras actuaciones en sociedad están determinadas por reglas de distinta naturaleza lo cual da origen a diferentes órdenes normativos²¹³. De cualquier forma, tal como señala Habermas citado por Oppetit:

Judith Jarvis Thomson y recientemente Peter Unger. Problemas similares han sido tratados en Derecho penal y civil. En tal sentido, recordamos nuestra obra *Los llamados actos intencionales en la consideración del filósofo de hoy* (Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Tecní Ciencia Libros, 2017). Una versión más popular del tema del tranvía ha sido desarrollada por David Edmons con información de las teorías en juego y explicaciones didácticas a través de figuras. Ver David Edmons, *Would You Kill the Fat Man? The Trolley Problem and What Your Answer Tells Us About Right and Wrong*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 2014.

²¹¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 395.

²¹² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 396.

²¹³ Si bien podría pensarse en una línea de pensamiento entre Hart y Weber esto no ocurre, ya que expresamente el primero negó tal conexión. Sin embargo, Nicole Lacey, biógrafa de Hart, señala, tal como se lo sugirió John Finnis, que en la biblioteca de Hart existe una obra, subrayada en varias partes, que lleva como título “Max Weber sobre Derecho, economía y sociedad”. Una de las explicaciones de Lacey para entender el porqué Hart se distancia de Weber en temas claves como el análisis del aspecto interno de las reglas, pudiera encontrarse en la necesidad de no presentar su obra como un producto del sociologismo. Lo anterior a pesar de haber señalado al comienzo de su obra *El concepto de Derecho* que se trata de un

“La hipótesis de Max Weber según la cual hay una racionalidad inherente al Derecho en tanto que tal, que independientemente y extraña a la moral, será el fundamento de la fuerza de la legitimidad de la legalidad, no puede ser confirmada. La dominación ejercida sobre las formas del Derecho positivo en busca de justificación debe constantemente su legitimidad a un contenido moral implícito que está presente en las cualidades formales del Derecho”²¹⁴.

Volviendo al tema de las reglas sociales y señalando aspectos presentes tanto en Weber como Hart, ellas suponen, más allá del Derecho y la moral, un arraigamiento del modelo de comportamiento y, por tanto, como señalan los sociólogos, un largo proceso de interiorización e intimación. Al final ellas representan, siguiendo a Wittgenstein las reglas del juego que asumimos para vivir en sociedad. Kaufmann, sin profundizar, como lo hizo Hart, en el elemento diferenciador de tales reglas con las jurídicas, señala:

“Puesto que las reglas sociales constituyen una forma preliminar de moral y de Derecho, el “estado de indiferencia” que desplaza la forma del Derecho y de las reglas sociales hacia distintos lados trae como consecuencia, junto con la decadencia de las reglas sociales, casi siempre también la crisis de la moral y del Derecho”²¹⁵.

El tema de la relación moral-derecho no es sencillo, y muchas veces las contradicciones se generan en el esfuerzo humano por acomodar los valores a posiciones equivocadas con respecto a lo que son los bienes fundamentales para el hombre. En este asunto muchas veces contraponemos temas como libertad y vida. Para Kaufmann:

“...luego de un análisis más exacto es posible evitar, hasta un cierto punto, las contradicciones de valores entre moral y Derecho. En algunos ámbitos, no obstante, continúan existiendo. Esto es, efectivamente, desfavorable en relación con la deseable esfera del

estudio de “sociología descriptiva”. El tema referido requiere un análisis histórico más detallado. Ver Nicole Lacey, ob. cit., pp. 230 y 231.

²¹⁴ Bruno Oppetit, *Philosophie du Droit*, Dalloz, París, 1999, p. 87.

²¹⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 397.

*deber ser libre de contradicciones. No a de desconocerse que precisamente en tales casos la moral debe ejercer una función crítica frente al Derecho*²¹⁶.

Concluyendo el capítulo de su obra relativo a “Derecho y moral” Kaufmann se ocupa del principio de la subsidiariedad tal como fue dado a conocer a partir de la encíclica *Quadragesimo anno*, del papa Pío XI, en 1931. En realidad, como señala Kaufmann, hay otros antecedentes entre los cuales ocupa un lugar destacado lo expresado por Abraham Lincoln en el sentido de que el gobierno ha de procurar a la población lo que necesita, lo que no esté en sus manos realizar por sí misma o que, de estarlo, no podría hacer bien. En todo aquello que las personas puedan hacer igualmente bien, por sí mismas, el gobierno no tiene que inmiscuirse²¹⁷.

Tal como sintetiza Kaufmann el principio adquiere una nota particular: “...*al miembro individual de la sociedad tanta libertad como sea posible, tanto estado como sea necesario*”. Pero lo esencial del principio es que trata de lograr un equilibrio entre lo que podemos hacer y le da sentido a nuestras vidas como individuos y miembros de una comunidad y lo que el Estado puede y debe hacer para cumplir una función que o no podemos hacer o si lo hiciéramos no seríamos eficientes en su realización. Así lo expresa Kaufmann:

*“El principio de subsidiariedad se dirige, por una parte, contra el colectivismo estatal y el totalitarismo y, por otra, también, contra aquella forma de liberalismo en que el Estado solo ha de tener el conocido papel de guardián, lo que con frecuencia se pasa por alto*²¹⁸.

²¹⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 401 y 402.

²¹⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 402. Finnis señala acerca de la subsidiariedad: “Este principio es un desarrollo importante de la ciencia política aristotélica que se inspira en la crítica de Aristóteles al comunismo de Platón, pero va mucho más allá. Ha sido popularizado por Papas recientes bajo el nombre de ‘función subsidiaria’ o subsidiariedad... Tratándose de una cuestión de derechos (de justicia), no simplemente de eficiencia, obviamente está estrechamente relacionada con aquello a lo que mucha gente se refiere en términos de derecho a la libertad”. Ver John Finnis, ob. cit., p. 188 (Nota VI.5)

²¹⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 402.

Pero no es solo el Estado el que ha contribuido a esta forma de repartición de las tareas:

“La muy denunciada inflación legislativa no encuentra sus raíces, por lo menos no en primera línea, en el exceso de competencias del Estado, sino, todavía más, en que los ciudadanos, las asociaciones, las iglesias, los sindicatos, ... en lugar de agotar sus propias competencias y conformarse con esto, apelan incesantemente al Estado que todo lo da y todo lo regula”²¹⁹.

Cuando a lo anterior se une un mesianismo como el venezolano, de los últimos años, caemos en un vacío en el cual las cosas no se miden por lo que se hace, sino por lo que se da. En esta ecuación, trágicamente, cuando no se hace, cada vez va a ser menor lo que se puede dar. Pero lo anterior no solo supone un grave tema de ineficiencia, provocada por el mal manejo público de los bienes de todos, sino adicionalmente, un tema de justicia social. Tal como expresa Kaufmann: *“Pues se trata del correcto equilibrio de la libertad del hombre para su pleno desarrollo, por un lado, y del aseguramiento y apoyo estatal de dicha libertad por el otro. Este equilibrio lo llamamos nosotros justicia”²²⁰.*

El principio de la subsidiariedad abre un campo valioso en las ciencias sociales para determinar el rol que el Derecho juega al lado de otros instrumentos de regulación social. A veces, el pretender resolverlo todo jurídicamente, solo puede mostrar las limitaciones del instrumento utilizado y, a la larga, afecta el concepto que los ciudadanos tienen de su eficacia como medio de cohesión social. En su análisis Kaufmann concluye:

“El principio de subsidiariedad se discute tradicionalmente en el Derecho público y en el Derecho constitucional. Desempeña un papel importante, asimismo, en el Derecho penal. Lo que se denomina la “naturaleza fragmentaria” del Derecho penal constituye también un aspecto del principio de subsidiariedad. Esto significa

²¹⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 403.

²²⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 403.

que únicamente es permitido aplicar el Derecho penal allí donde es incondicionalmente necesario para la protección de la sociedad, esto es, tan solo para la protección de aquellos bienes jurídicos que son imprescindibles para la vida del hombre en convivencia con los otros hombres y que no pueden ser protegidos efectivamente con ningún otro medio distinto del Derecho penal”²²¹.

Lo anteriormente señalado recuerda lo dicho por MacCormick: *“Un importante principio de los órdenes jurídicos liberales es que las potestades que no se ejerzan bilateralmente, por medio del mutuo consentimiento, solo pueden existir en virtud de una clara atribución legal o disposición constitucional”²²².*

NOVENA PARTE

LA DOCTRINA DEL “ESPACIO LIBRE DE DERECHO”

Si bien el análisis de Kaufmann sobre lo que él llama “*espacio libre de derecho*”, tomando las ideas de Karl Engisch ha tenido mayor foco de atención en el Derecho penal vale la pena, al menos como elemento adicional de análisis para el Derecho, ser puesto sobre la mesa. Ciertamente que el plantear un espacio “*libre de valoración jurídica*” podría ser contradictorio para los que piensan, como algunos positivistas, que todo el Derecho es un espacio libre de valoración por cuanto ella no tiene cabida en el Derecho. De cualquier modo, Kaufmann señala que:

“La doctrina del espacio libre de Derecho ha encontrado, desde tiempo atrás, en la ciencia jurídica, y ante todo en el Derecho penal, múltiples partidarios. No ha podido, sin embargo, imponerse. Siempre han existido también muchos contradictores. Los motivos del rechazo son multiformes”²²³.

Entre las críticas formuladas a la teoría, independientemente de los casos y las circunstancias en las cuales se aplique, se menciona que constituye la negación del Derecho y el reino del más fuerte.

²²¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 404.

²²² Neil MacCormick, ob. cit., p. 214.

²²³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 407.

Para Kaufmann esto es un malentendido que tiene su origen en la falsa comprensión de la teoría en cuestión. En efecto: “*Espacio libre de derecho no significa jurídicamente no regulado, sino jurídicamente no valorado*”²²⁴. El mismo autor que comentamos no puede negar que la expresión “*espacio libre de derecho*” no es la más afortunada. En realidad, el mundo social está lleno de espacios libres de derecho que no son objeto de regulación. Por ejemplo, en materia de Derecho económico hay múltiples actividades que nunca han sido reguladas y otras que lo fueron pero que ya no lo están (desregulación) por entender que lo más adecuado para lograr determinados fines económicos, es no regularlas. En otros casos, como propone la teoría económica del Derecho, la regulación no implica valoraciones de ninguna naturaleza. Es decir, no soy peor por contaminar y pagar impuestos para hacerlo que no contaminar y ahorrarme esos impuestos. Obviamente, el tema moral de la elección de tales decisiones es otro y por ello mina la credibilidad en la teoría.

Kaufmann se da cuenta de la posible fragilidad del argumento y el riesgo de que su teoría pueda ser confundida con lo que se denomina en la teoría del Derecho los vacíos de derecho. En este último caso se trata de actividades que son jurídicamente irrelevantes. Ahora, qué sucede cuando estas actividades jurídicamente irrelevantes pasan a ser relevantes. El tema es de gran interés para la sociología del Derecho, que tiene que darnos una base explicativa acerca de los fenómenos sociales que producen esos cambios. Pero, lo que no me cabe la menor duda es que eso no puede suceder con lo que son los valores inmutables de una sociedad. El gran problema es que históricamente el tema de lo inmutable ha sido tratado, por razones dignas de consideración, de forma a veces muy ligera e influida por toda naturaleza de prejuicios (en este caso no nos referimos a los prejuicios que se originan antes de emitir un juicio verdaderamente razonado). Ante las dudas que consideró razonables el autor que estudiamos, señala:

“...en el espacio libre de derecho se trata de acciones relevantes y reguladas jurídicamente, que pese a ello no pueden ser valoradas, pertinentemente, ni en cuanto conformes a derecho, ni en tanto

²²⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 408.

antijurídicas. A manera de caracterización de dicha conducta ambivalente se impuso la expresión, poco acertada, de “no prohibida”. Correcto sería, más bien, hablar de espacio libre de valoración jurídica. Esta expresión, mientras tanto, no se ha podido imponer”²²⁵.

Probablemente, algunas de las dudas que nos genera la aplicación de la teoría considerada, especialmente en el Derecho penal, se generan por el uso alternativo de la expresión “libre de valoración jurídica”. Por un lado, una conducta no regulada por el Derecho, no necesita ningún tipo de valoración jurídica, en todo caso podría ser moral, como es el caso de conductas, por ejemplo, relacionadas con prácticas sexuales, que fueron delitos en una época de la humanidad, y hoy no lo son en determinadas sociedades. Pero el tema es más de consideración social que valorativo o moral. Adicionalmente, en un mundo como el de hoy, el riesgo es eliminar todo tipo de consideración valorativa a la hora de juzgar la conducta de las personas. Por ejemplo, ante el avance de la neurociencia, la relación entre la ética y el cerebro va a ser objeto de grandes discusiones. Especialmente, cuando determinado tipo de enfermedades y lesiones accidentales, pueden comprometer la voluntad libre de las personas.

Si bien la neuroética es solo un tema a considerar, el mismo tipo de consideraciones se han levantado en otras partes del cerebro, que tienen que ver con aspectos relativos a lenguaje, sentidos, reconocimiento facial, conciencia y en general, relaciones entre el cerebro y el cuerpo. Algunos polemizan señalando expresiones como “no fui yo sino mi cerebro”²²⁶. Pero volviendo a Kaufmann, señala:

“El espacio libre de derecho se relaciona con los casos de necesidad (estado de necesidad, interrupción del embarazo, participación en el suicidio). Su regulación jurídica estriba en que la conducta correspondiente, conforme a la ley penal, bajo determinados supuestos, se declara como “no punible”. La pregunta acerca de lo

²²⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 409.

²²⁶ David Edmonds, ob. cit., p. 146. En esta materia es interesante el polémico y clásico libro acerca de la conciencia de Dennett. Ver Daniel C. Dennett, *Consciousness Explained*, BackBoy Books, New York, 1991.

que ha de entenderse por “no punible” no antijurídica no culpable, etc. no es regulada por el legislador; esto le queda, reservado a la jurisprudencia y a la doctrina”²²⁷.

Al final la discusión de Kaufmann, con experiencia en materia penal, lleva a tratar de buscar en el Derecho la solución justa ante circunstancias que constituyen una situación excepcional a la regulación general. El tratar de dejar el tema en manos de la jurisprudencia y de la doctrina no hace sino acentuar la discrecionalidad del juez frente a lo que no está expresamente regulado por el Derecho. No porque el acto no lo esté sino porque las condiciones bajo las cuales actuó el autor de la ofensa al Derecho no son las mismas que se pensaron por el legislador a la hora de crear una disposición de carácter general para prevenir situaciones como por ejemplo el asesinato de una persona (prefiero no utilizar calificativos jurídicos).

En el desarrollo del tema, Kaufmann expone lo que para él es el problema cardinal, que no es otro que los límites de las caracterizaciones jurídicas y antijurídicas. En tal sentido señala:

“El problema cardinal de la doctrina del espacio libre de derecho reside en la pregunta sobre si todas las formas de comportamiento relevantes penalmente pueden ser concebidas, adecuadamente, en tanto “jurídicas” y “antijurídicas” (aquí no se trata de “inocencia o culpabilidad”). La pregunta ha de responderse negativamente. Las dos categorías se tornan inoperantes principalmente en los casos de conflictos trágicos y de necesidad existencial, esto es, en situaciones límite. De esta suerte, el conocimiento acerca de que tampoco es posible solucionar determinados casos (casos de necesidad) exclusivamente sobre la base de la valoración jurídico/antijurídico es todo menos nuevo... La dogmática reinante del Derecho penal, que tan solo conoce este par valorativo jurídico-antijurídico, se encuentra aquí al final de sus posibilidades”²²⁸.

En realidad, Kaufmann se refiere al proceso de valoración del Derecho y la adecuación de la conducta a los supuestos previstos por la

²²⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 409.

²²⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 409 a 411.

ley. Pero, lo que no señala es que estamos frente a un caso –como algunos de los ejemplos históricos que menciona– en el que recurrimos a los valores para buscar una solución, que a primera vista es ética o moral, pero que arrastra al juez a no aplicar estrictamente el mandato del legislador por encontrarnos frente a una situación en que claramente tendríamos una oposición entre el Derecho y la moral. En función de lo anterior se le proporciona al juez la posibilidad de decidir de forma justa.

En todo caso, Kaufmann se plantea lo que él llama intentos de solución. A tales efectos toma un caso de un accidente en masa sucedido en una autopista en la cual se producen dos heridos graves. Llevados a un hospital el médico de guardia decide conectar a uno de ellos al único aparato disponible de corazón y pulmón. El paciente conectado se salva y el otro muere. En el tema se plantea la conducta del médico regulada jurídicamente. Kaufmann recurre a opiniones como la de Hans-Heinrich Jescheck para articular una posible solución. El autor citado por Kaufmann señala que en el caso en cuestión se produce una colisión de deberes jurídicamente insoluble. Ante tal situación que coloca al médico frente a un riesgo legal, Kaufmann acude a la opinión de Günter Stratenwerth que señala:

“La pregunta tiene que decidirse de tal forma que no se pueda elevar un reproche jurídico de culpabilidad. La pena supone un quebrantamiento craso de normas sociales. Para los conflictos sometidos aquí a discusión no existen cánones de decisión, ni solución que pudiera reclamar validez general. El individuo particular, abandonado por el orden jurídico se ve remitido totalmente a la instancia de su propia conciencia. Su decisión, sin embargo –cualquiera que ella sea–, tiene que ser respetada también por el Derecho, en tanto no supere las fronteras de lo jurídicamente prohibido en forma unívoca. Dogmáticamente, esto exige el reconocimiento de un motivo supralegal de exculpación que sea concebido de manera correspondiente”²²⁹.

Si vemos el razonamiento que acabamos de mencionar, citado por Kaufmann, en él convergen la consideración de normas sociales (no

²²⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 411 y 412.

entendemos por qué no se menciona lo ético a menos que se entienda que está incluido en lo social). Adicionalmente se recurre a un motivo de exculpación suprallegal, con el cual establece que existen estos motivos fuera del Derecho. A pesar del valor, para Kaufmann, de las opiniones mencionadas por él, llega a la conclusión de que hay “*un total estado de abandono de la dogmática imperante*”²³⁰.

Ante la falta de solución, al menos una argumentación más convincente para él, Kaufmann acude a la teoría de Reinhart Maurach la cual fue denominada por este “*responsabilidad por el hecho*”. En tal sentido señala Kaufmann:

*“Si falta la responsabilidad por el hecho, no se presenta efectivamente un motivo de exculpación, pero el autor no es tan solo exculpado; sucede, más bien, que la desaprobación únicamente concierne al hecho y no, por el contrario, al autor. Este paso se encamina hacia la dirección acertada. La propuesta de Maurach adolece, empero, de que la característica de la responsabilidad por el hecho se coloca entre la antijuricidad y la culpa. Correctamente tiene que tener su ubicación sistemática entre juricidad y antijuricidad”*²³¹.

Lo anterior lleva a Kaufmann a la búsqueda de soluciones, dentro de la dogmática penal alemana, que no agotan el tema o no aportan un claro soporte a la teoría que pretende explicar. En tal sentido, aporta la siguiente explicación fundada en las teorías de Welzel y Maihofer:

“Se trata de la diferenciación realizada por Hans Welzel y muchos otros penalistas sobre lo antijurídico en tanto que acción no valorada y resultado no valorado (no es una mera coincidencia que esto haga recordar la distinción que realiza Kant respecto de la causalidad: como inteligible según su acción en cuanto que cosa en sí misma –“causalidad por medio de la libertad”– y como sensible, según los efectos de la misma, bien que fenómeno del mundo de los sentidos). Apoyándose expresamente en lo expuesto por Maurach, Werner Maihofer da un paso adelante. Él no concibe la “respon-

²³⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 409 a 412.

²³¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 412.

sabilidad por el hecho” a manera de etapa preliminar de la culpa, sino en cuanto elemento de la antijuricidad: como reproche personal de lo antijurídico. Lo anterior trae como efecto que por ejemplo frente al caso del médico que salvó a un paciente y dejó morir al otro por falta de equipo médico suficiente no queda suprimido el reproche de culpabilidad o de responsabilidad por el hecho en el sentido de Maurach, sino ya el reproche respecto de la antijuricidad, según otra terminología: “la no valoración de la acción”. A fin de cuentas, la explicación que tiene por efecto no afectar la integridad del sistema jurídico y dar explicaciones dogmáticas que puedan convencer a los más formalistas no resuelve del todo las dudas que genera la doctrina del “espacio libre de derecho”. En mi opinión no luce fácil tratar de escindir la acción del resultado”²³².

No obstante, Kaufmann señala:

“Con la doctrina sobre la distinción entre acción y resultado no valorados es posible obtener una solución satisfactoria para nuestros casos. La doctrina adolece, sin embargo, todavía de un pequeño defecto. No se ve con claridad como puedan ser juzgadas acciones que muestran, en efecto, un resultado no valorado, mas no una acción no valorada: ¿son jurídicas o antijurídicas, o ninguna de las dos lo es, y, entonces, que son? (de esto dependen algunas cuestiones, v.gr., si la legítima defensa es permitida en casos por el estilo)”²³³.

Ante lo anterior Kaufmann recurre a lo que él llama el tercer camino “*No prohibido-No permitido*”. A tales efectos recurre al cálculo lógico de Hothar Philipps para quien: “*El espacio libre de derecho constituye el ámbito normativo de lo no prohibido para lo que, sin embargo, no es posible inferir una autorización o –equivalentemente– el ámbito de lo no permitido que no está, así mismo, autorizado*”²³⁴. En

²³² Aun cuando no es objeto de este estudio el tema de la acción intencional, el mismo no puede ser omitido en un análisis filosófico de la acción. En tal sentido ver: Julio Rodríguez Berrizbeitia, *Los llamados “actos intencionales” en la consideración del filósofo de hoy*, ob. cit., pp. 125 y ss.

²³³ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 412 a 414.

²³⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 415.

un resumen, no una justificación de la introducción de la teoría eso viene después, Kaufmann señala:

“La doctrina del espacio libre de derecho es propia de un orden jurídico libre que en casos trágicos de necesidad y de conflictos prescinde de toda valoración, en lugar de realizar una regulación que luego solo será percibida como el nudo gordiano de una espada violentamente cortante, pero que jamás podría llegar a convencer. Wilhelm Gallas mostró, en forma muy aguda, que las acciones de participación en un suicidio pueden ser juzgadas de manera satisfactoria si el suicidio no se trata ni como antijurídico ni en cuanto jurídico, sino en tanto no prohibido-no permitido. Espacio libre de derecho significa que el orden jurídico renuncia a valorar la conducta respectiva. Quien actúa es responsable por sí mismo del grado de corrección de su actuación”²³⁵.

En realidad, la teoría planteada por Kaufmann deja muchas cosas por resolver. Él mismo está claro de esta situación, pero en la conclusión del capítulo de su obra donde aborda el tema, aporta una razón que nos proporciona elementos para entender la forma en que un filósofo del Derecho asume la necesidad de generar temas para la reflexión. En tal sentido Kaufmann señala:

“Quizás cause admiración que aquí se trate a profundidad una doctrina que en la ciencia –para no hablar de la práctica– tiene sin duda un carácter marginal, que nunca ha sido la doctrina dominante. Esto obedece a varias razones. De una parte, se muestra muy gráficamente que la filosofía del Derecho y la práctica jurídica no están en absoluto junto una de la otra sin rozarse. La filosofía del Derecho puede contribuir en gran medida a la superación de tales problemas (jurídicos) siempre y cuando no se practique sin contenidos, como es usual infortunadamente hoy por hoy. Esta materia es, además, muy apropiada para el ejercicio del pensamiento filosófico. Fuera de ello y principalmente el examen minucioso de la doctrina de la esfera libre de derecho puede aportar algunas luces en otros ámbitos: libertad, democracia, relativismo, pluralismo, responsabilidad propia, tolerancia.

²³⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 416.

Precisamente respecto de tales cuestiones se mantiene a salvo la doctrina del espacio libre de derecho; allí muestra ella su pertinencia”²³⁶.

El texto anterior refleja que el tema tratado no se refiere a una simple búsqueda de explicación a una teoría concreta. La lista de los temas relacionados nos plantea en una sociedad como la nuestra toda una problemática relacionada con la función del Derecho. Frente a una utilización del Derecho, al igual que de otras instituciones sociales, para controlar sin ningún tipo de límites a la sociedad, se plantea la reflexión profunda acerca del sentido de la finalidad de lo jurídico. En realidad, la utilización de lo jurídico y de la fuerza inherente al mismo ha alcanzado niveles tales que ha dejado de lado a otras formas sociales de coherencia social. A veces hemos oído que el Derecho es un sistema normativo solitario ya que es el único, a diferencia por ejemplo de la moral y de las reglas sociales, que puede usar la fuerza para lograr sus objetivos. Esto se hace más patente en sociedades como la nuestra en las cuales los instrumentos de logro de la paz social se encuentran limitados al uso de una fuerza bruta contraria al ordenamiento jurídico y a las reglas de la moral. Si colocáramos al Derecho en su justo puesto entenderíamos que el recurso al mismo en una sociedad debe tener limitaciones.

Tal como se ha señalado, una sociedad no funciona mejor por estar exageradamente juridificada. El Derecho solo es un recurso más entre la moralidad, la religión, las reglas sociales y los gobernantes moralmente calificados para generar contenidos diferentes a los jurídicos. En un libro reciente en el cual Frederick Schauer pretende explicar la “*fuerza del Derecho*” señala:

“La moralidad nos exige tomar algunas acciones y evitar otras y los oficiales públicos y otros recomiendan hacer las mismas cosas cuando operan de manera persuasiva y no de modo coercitivo. Pero hay una diferencia entre los mandatos de la moralidad y los del Derecho y entre los requerimientos de los funcionarios públicos y las regulaciones de esos mismos funcionarios que cuyo cumplimiento está sujeto a una sanción. Lo que podemos ver de forma clara

²³⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 419.

es que las sanciones y la coerción –la fuerza del Derecho– es lo que distingue el Derecho de la moralidad, de las sugerencias de los funcionarios públicos y de las reglas sociales que regulan nuestras vidas personales y profesionales”²³⁷.

DÉCIMA PARTE

LA LIBERTAD

Kaufmann asume el análisis de la libertad en una visión que relaciona con la misma temas centrales de la filosofía del Derecho como: justicia social, derechos humanos, dignidad humana, responsabilidad y culpabilidad. Para él la libertad se define, al igual que en Kant, como libertad exterior es decir aquella en la que no hay ningún tipo de presión o condición que la limiten. El asunto central es cómo garantizarlo si ello fuera posible. Los derechos humanos y las libertades fundamentales no son sino un intento por lograr esa garantía de la cual hablamos. Si tratáramos, para el autor que estudiamos, de exigirnos una prueba de la existencia de dicha libertad entraríamos en un laberinto en el cual se hacen evidentes todos los determinismos que el mundo actual ha evidenciado. Para el Derecho ha sido tradicional la necesidad de evidenciar esa libertad sobre la cual se construyen innumerables presupuestos jurídicos. La relación con las ciencias de la naturaleza no ayuda mucho ya que la verdad no es privilegio exclusivo de ninguna ciencia. Probablemente el esfuerzo deba ir dirigido a entender los límites de la libertad y a establecer las consecuencias adecuadas en función de los condicionantes que dichos límites pueden crear. Ello no quiere decir que no existe un espacio en el cual no nos movamos con libertad. Evidentemente, no nos referimos solo a espacios externos. Lo que acabamos de expresar de alguna forma está contenido –probablemente de manera menos categórica– en el siguiente comentario de Kaufmann:

“No se trata de la alternativa: o bien la ausencia de toda determinación o bien la total determinación (nada más), sino: puesto que el hombre real es para la conciencia natural un ente libre y no libre,

²³⁷ Frederick Schauer, *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2015, p. 7.

nos preguntamos dónde y hasta qué punto tiene sentido postular su no libertad. Que pese a su determinación el hombre pueda ser libre es (lógicamente), posible, porque libertad no es el opuesto contradictorio del estado de determinación”²³⁸.

De alguna forma tenemos que tener claro –si ello permite tal aproximación– para qué queremos la libertad. De hecho, todos los días realizamos actos que son libres. La pregunta es si los mismos califican para lo que queremos considerar como libertad o son simples consecuencias de lo que Michael Thompson llama “*Vida y Acción*”²³⁹. Para el autor cuya obra consideramos:

“...la libertad es, en gran medida, un problema de conocimiento. Muchos sostienen que un conocimiento más o menos seguro de la libertad no es posible. Esto es, efectivamente, así. En virtud de este descubrimiento los filósofos pueden insistir en el estado de silencio; si siguiendo la recomendación de Wittgenstein, ha de callarse respecto de aquello sobre lo que no se puede hablar”²⁴⁰.

Pero es en Kant en el cual Kaufmann pretende encontrar algunas explicaciones filosóficas válidas con respecto a la libertad. Como antecedente a tal desarrollo postula lo afirmado por Ulrich Pothast sobre “la insuficiencia de la prueba de la libertad”²⁴¹.

Al final nos podemos preguntar qué es lo que queremos probar. De cualquier manera, se parte de una afirmación terminante antes de considerar lo que Kant dice. Tal afirmación es la siguiente: “*si se plantea la hipótesis de que el hombre no es libre, entonces el indeterminismo no tiene ninguna posibilidad. Si se parte de la hipótesis de la libertad, en tal caso se viene abajo el determinismo*”²⁴². El punto central de Kant al cual quería llegar Kaufmann se origina en la aceptación de que el hombre está sometido al mundo natural, pero adicionalmente “*el hombre*

²³⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 427.

²³⁹ Michael Thompson, *Life and Action. Elementary Structures of Practice and Practical Thought*, Harvard University Press, Cambridge, 2008.

²⁴⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 428.

²⁴¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 429.

²⁴² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 430.

también se encuentra en un mundo espiritual, inteligible, en el que no domina la ley de la naturaleza y que posibilita la acción desde la autodeterminación y desde la autonomía (teoría de los dos mundos)”²⁴³.

La conclusión es que en Kant, tal como sugiere Kaufmann, no se ha producido un corte demasiado riguroso entre el hombre empírico y el hombre inteligible, por el contrario ambos conviven en uno solo para dar la idea de que un día determina y otro es determinado.

Frente a lo que Kaufmann refiere como lo que la modernidad entiende por libertad, es decir, la posibilidad de opciones discrecionales, el autor referido señala:

“Seguramente cuando tengo solo una elección es difícil para mí aceptarla en tanto libre. Pero la libertad no aumenta con el número de opciones, así que quien más opciones a discreción tuviese fuese el más libre. El aumento de las opciones, y con ello el de la contingencia, no lleva en absoluto a un aumento de la libertad”²⁴⁴.

Pero en Kaufmann el pensamiento sigue indisolublemente unido a la libertad, no es solo pensar en que podemos ser libres para hacer tales o cuales cosas sino más bien buscar expresiones que manifiesten en el mundo ese pensar libre. Kaufmann lo matiza de la siguiente forma: *“La prueba de la libertad es siempre posible de pensar, la prueba de la no libertad es imposible de pensar”²⁴⁵.*

Pero es en Kant, como lo han hecho muchos filósofos del Derecho posteriores al gran maestro de Königsberg, donde Kaufmann encuentra una explicación humana a todo lo que sucede. Al final ella es la más directa expresión de la libertad del hombre. En tal sentido señala en un párrafo esencial para entender lo que quiere decir y su referencia con Kant:

“La idea trascendental de la libertad significa que todo lo que sucede tiene una causa, la representación racional y libre de contradicción de un comienzo que se piense. “El hombre en tanto naturaleza racional, y, por ende, perteneciente al mundo inteligible, no

²⁴³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 432.

²⁴⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 433.

²⁴⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 434.

puede pensar jamás la causalidad de su propia voluntad de manera distinta que bajo la idea de la libertad; pues la independencia de determinadas causas del mundo de los sentidos (a la que la razón misma en todo tiempo se tiene que adjuntar) es libertad. Con la idea de libertad el concepto de autonomía está, pues, inseparablemente unido, y con este el principio general de la moralidad, el que de hecho sirve de fundamento a todas las acciones de los entes racionales, tal como a todos los fenómenos le subyace la ley natural”. De acuerdo con lo anterior Kant distingue la causalidad según dos aspectos: “en cuanto inteligible según su acción, como una cosa en sí misma, y en cuanto sensible, según los efectos de la misma, como fenómeno del mundo de los sentidos”. En el primer aspecto Kant habla de causalidad por medio de la libertad”²⁴⁶.

Adicionalmente Kaufmann menciona a Nicolai Hartmann el cual habla de “*un plus de determinación a lo causal*”. En este sentido el autor que estudiamos lo comenta así:

“Las leyes causales permiten muy bien un tal plus de determinación, pues ellas no están establecidas de antemano hacia un telos, sino que transcurren impasiblemente; por ello precisamente son manejables por quien comprende su regularidad. No existe ley que indique que a los determinantes causales (en el sentido “sensible”) no puedan añadirse otros determinantes (“causalidad por medio de la libertad”); la ley causal tan solo dice que los sucesos causales no admiten un minus de determinación”²⁴⁷.

El análisis del Derecho penal en el cual el tema de la libertad adquiere rasgos fundamentales es desarrollado por Kaufmann en términos de explicar la posibilidad de responsabilizar a un hombre que pensamos ha actuado libremente, en el sentido de lo que entendemos por tal posibilidad. En todo caso, las presunciones generales no son siempre fáciles de explicar. Así señala Kaufmann:

“...una presunción general no se pronuncia ni a favor de que el hombre sea libre, siempre y en todos los aspectos, ni en pro de que no lo sea nunca y bajo ningún aspecto (no hay, en consecuencia,

²⁴⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 435.

²⁴⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 435.

espacio para una decisión “en caso de duda”). El conocimiento que proviene de la experiencia nos dice, no obstante, que el hombre es tanto libre como no libre, en algunas ocasiones, más aquello, en algunas otras más esto otro. El problema consiste en saber cuándo y dónde se debe postular razonablemente libertad, cuándo y dónde se debe postular razonablemente no libertad”²⁴⁸.

A continuación, Kaufmann trata de establecer una conclusión ratificando lo logrado por Kant y previniéndonos de no volver atrás con lo establecido por el filósofo de Königsberg: “La libertad es una determinación de la razón práctica. En ella se arraiga la autonomía y la dignidad del hombre”²⁴⁹. Jacques Maritain de alguna forma nos señaló la dimensión de la libertad en una civilización cristiana al señalar:

“Pero ¿de qué libertad puede tratarse, ante todo, para una civilización cristiana? No de la simple libertad de elección del individuo, según la concepción liberal (lo que no es sino el comienzo o la raíz de la libertad); tampoco de la libertad de grandeza y poderío del Estado, según la concepción imperialista o dictatorial; sino, ante todo, de la libertad de autonomía de las personas, que se confunde con la perfección espiritual de estas”²⁵⁰.

²⁴⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 439. El tema de la libertad en Kant es desarrollado por Adela Cortina en su estudio preliminar a la *Metafísica de las costumbres* de Kant. Ver Adela Cortina Orts en Immanuel Kant, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, cuarta edición, Madrid, 2008, pp. XXXII y ss.

²⁴⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 440.

²⁵⁰ Jacques Maritain, *Humanismo integral*, Biblioteca Palabra, Madrid, 1999, p. 223. En el pie de página número 15, en la página ya citada, el autor francés señala: “Sobre esta expresión, libertad de autonomía, que empleamos en un sentido a un tiempo aristotélico y paulino, en modo alguno kantiano, ver nuestra obra *Del régimen temporal de la libertad*. En un libro más reciente dedicado a Ronald Dworkin y Saúl Kripke, Thomas Nagel ha señalado: “no podemos evadir nuestra libertad. Una vez que hemos desarrollado la capacidad para reconocer nuestros propios deseos y motivos, nos enfrentamos con la opción de actuar o no de acuerdo a cómo ellas nos inclinan a hacerlo, y al enfrentar dicha elección nos enfrentamos inevitablemente con una cuestión evaluativa. Aun nos rehusamos a pensar acerca de ella, dicho rechazo puede, él mismo, ser evaluado. En este sentido, creo que Kant tenía razón: La aplicabilidad de los conceptos morales respecto de nosotros es la consecuencia de nuestra libertad, de la libertad que deriva de la habilidad de vernos a nosotros mismos objetivamente, a través de las nuevas decisiones que esa habilidad nos impone”. Ver Thomas Nagel, *La última palabra*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2000, p. 131. Por su parte, Roger Scruton señala: “Hay dos fuentes de problemas metafísicos en la existencia humana. El primero es la

UNDÉCIMA PARTE CORRIENTES MODERNAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Si bien la filosofía jurídica de Kaufmann no pretende ser una historia de la filosofía del Derecho, los comentarios que hace, empezando desde Kant, son ilustrativos acerca de las posiciones que toma con respecto a la filosofía de su época la cual incluye, evidentemente, no solo lo producido en Alemania. Su análisis es representativo de un filósofo de la postguerra y es precisamente, esa característica la que nos aporta un interés especial independientemente de los puntos de coincidencia o no que podamos tener con él. Es evidente que su época representa un momento bien particular de lo que podríamos llamar una “globalización de la filosofía jurídica” para no hablar, por ejemplo, de términos más ambiciosos como el que utiliza Thomas Sowell en su, ya clásico libro, *“The Quest for Cosmic Justice”*²⁵¹.

Lo cierto es que Kaufmann con erudición, consideraciones analíticas y sentido común, nos plantea su visión de la filosofía “moderna”. Kaufmann trata de delimitar el tema señalando:

*“La verdadera filosofía del Derecho se orienta hacia el problema del “Derecho correcto” y con ello, en última instancia, hacia la justicia. Se trata, para decirlo sobriamente, del problema de la verdad de proposiciones normativas o bien de su corrección, si uno se atiene a la terminología corriente hoy y habla de verdadero-falso solo en la esfera de enunciados empíricos (en discursos teóricos); por el contrario, en enunciados normativos (en discursos prácticos) habla solo de correcto-incorrecto. Pero esa diferenciación no debe sobrevalorarse”*²⁵².

conciencia; el segundo es la libertad. Nosotros elegimos hacer cosas y las llevamos a cabo; nos alabamos y responsabilizamos por nuestras decisiones; pensamos acerca del futuro y maquillamos nuestra mente. En todos estos eventos comunes, asumimos que somos libres de hacer más de una cosa; lo que actualmente hacemos es nuestra elección, y nuestra responsabilidad. ¿Son estas asunciones justificadas? Si no lo son, qué queda de la moralidad”. Ver Roger Scruton, *Modern Philosophy*, Penguin Books, New York, 1994, p. 227.

²⁵¹ Thomas Sowell, *The Quest for Cosmic Justice*, Touchstone Book, Simon and Schuster, New York, 1999.

²⁵² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 468.

Kaufmann, con lo que él llama el “*abandono del esquema sujeto-objeto*”, pretende introducirnos en uno de los temas centrales de la filosofía del conocimiento. En realidad, tal como lo muestra, tanto en el iusnaturalismo como en el positivismo está presente esa preocupación, pero desde puntos de vista diferentes. El primero lo asume desde la perspectiva de la naturaleza y el segundo desde la ley positiva. Pero para Kaufmann ambas posiciones son erróneas ya que:

*“El derecho no surge de una “naturaleza” considerada siempre igual ni tampoco simplemente de la “ley” formulada como abstracta y general. Estos son solo en cierta medida materiales en bruto, de los que en un acto de conformación procesal (la jurisprudencia y en general el obrar justo) tiene que salir el Derecho concreto. Esta idea no es en sí nueva. Pero no fue cabalmente consciente de este asunto sino primeramente en la hermenéutica”*²⁵³.

La idea de Kant de obtener contenidos desde la forma le permite a Kaufmann realizar el tránsito hacia las teorías contractuales, del consenso y de los sistemas. Todas ellas son teorías procesales de la verdad, o bien, de la justicia. El siguiente texto del autor en análisis explica con detalle lo señalado:

“...el imperativo categórico de Kant (el principio de generalización) significa atreverse a deducir enunciados de contenido moral de un procedimiento mental. Y todavía más; contenidos que provengan de la experiencia, únicamente valen a posteriori. Pero si eso es así, ¿no se debería ensayar alguna vez si es posible obtener contenidos consistentes desde la forma? De hecho, este pensamiento, de que la “pura forma”, el “puro deber ser”, pudiera producir contenidos y reglas concretas de conducta, las cuales se sustraen al engaño de la percepción, ha ejercido una fascinación sobre muchos pensadores. Hoy se caracterizan en su mayoría esos intentos como “teorías procesales” de la verdad, o bien, de la justicia”.

Para el autor *in comento* las teorías a analizar son las de Rawls, Habermas y Luhmann²⁵⁴. Sobre Rawls y las llamadas teorías contractuales, el autor en consideración se refiere a toda una tradición que pasa por

²⁵³ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 469 y 470.

²⁵⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 471.

Hobbes, Rousseau, Beccaria y Kant. En definitiva, se trata de teorías que tienen su fundamento en los intereses de los contratantes. Quizás el tema clave resida en la elección de un procedimiento que permita verificar la corrección del resultado derivado de ese contrato social o estatal para usar las fórmulas más comunes. De cualquier forma, lo que se persigue es que precisamente ese procedimiento se pueda replicar en todas partes para lograr un resultado similar²⁵⁵. Para Kaufmann el tema novedoso de la teoría de Rawls reside en lo siguiente:

“Para excluir que las partes contratantes se procuren unilateralmente ventajas y juzguen parcialmente, Rawls extiende sobre ellas el “velo de la ignorancia”; esto significa que las deja en la ignorancia sobre sus cualidades psíquico-físicas y su papel social en la vida real, con otras palabras: en la posición original no entra ninguna potencialidad de poder e intimidación. Además, Rawls determina que, a consecuencia de su ignorancia sobre las propias posiciones en un orden futuro, todas las partes del contrato se comportarán con temor al riesgo. Ellas elegirán en condiciones de incertidumbre, conforme a la regla del maximin, aquel principio que contiene el menor riesgo propio en la vida real”²⁵⁶.

Tal como señala el propio Rawls:

“Parece razonable pensar que las partes en la posición original son iguales. Esto es que todos tienen el mismo derecho en el procedimiento para escoger principios; cada uno puede hacer proposiciones, aportar razones para aceptar y mucho más. Obviamente el propósito de esas condiciones es representar la igualdad entre los seres humanos como personas morales, como creaturas capaces de tener una concepción de su bien y capaces de un sentido de justicia”²⁵⁷.

Si bien Kaufmann coincide en los principios básicos de justicia de Rawls, mantiene una interesante diferencia en lo relativo a temas como

²⁵⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 479.

²⁵⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 480 y 481.

²⁵⁷ John Rawls, *A Theory of Justice*, ob. cit., p. 19.

el “riesgo” que sabemos juega un rol fundamental en la filosofía de él. Así señala:

“Hay varias cosas que difícilmente convencen; por ejemplo, el por qué los contratantes, bajo determinadas circunstancias, no deberían comportarse también como amigos del riesgo (sin tener en cuenta para nada que en nuestro mundo puede ser un riesgo no poder correr ningún riesgo)”²⁵⁸.

Comentando las llamadas teorías del discurso el autor que venimos estudiando toma a Robert Alexy para definir al discurso: *“Según esta teoría, dice él un enunciado normativo es correcto cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, el del discurso racional”²⁵⁹*. Con respecto a Jürgen Habermas menciona que el mismo critica a Rawls ya que las tareas que deben ser resultas en argumentaciones morales no pueden ser llevadas a cabo con monólogos sino que exigen un esfuerzo cooperativo. La argumentación moral sirve la finalidad de reconstruir un consenso perturbado. Pues conflictos en la esfera de interacciones orientadas por normas se remiten directamente al acuerdo normativo perturbado. La réplica de que esa objeción no es pertinente, pues en la original “position” rawlsiana cada participante tiene que poder justificarse frente a cualquier otro cuando pretende prioridad ética de su orden de pretensiones de validez, no es convincente. Desde luego que él tiene que justificar esto, pero al hacerlo así queda sin duda en el “papel de solitario”. Aunque habría de preguntarse si la objeción de Habermas contra Rawls no se regresa contra él mismo, pues también en su obra el discurso y el consenso idealmente logrados no existen en la realidad, sino son ficticiamente supuestos. Tampoco existe un consenso real, según esa teoría²⁶⁰.

²⁵⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 481. Adicionalmente el autor que comentamos llega a la conclusión de que el teólogo Emil Brunner, sobre la base del orden primitivo de la creación, fundamentada ideológicamente por él, llegó mucho antes que Rawls a resultados esencialmente iguales. Ver Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 431.

²⁵⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 482. Ver Manuel Atienza, ob. cit., pp. 149 y ss. Atienza se refiere tanto a la teoría del “discurso racional” de Alexy como a la de Habermas.

²⁶⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 482 y 483. Habermas señala: “He introducido (postulado de universalidad) como norma de argumentación que posibilita el acuerdo en los discursos prácticos cuando se pueden regular ciertas materias con igual consideración a los intereses

Al final Kaufmann utiliza los argumentos de Lucian Kern para señalar que el modelo de Habermas no resulta ni puede resultar. En tal sentido indica que:

“Él señala en forma concluyente que el principio del mejor argumento o del más bueno posibilita en verdad una conclusión, pero en razón de que Habermas no da ninguna indicación sobre cual es la base del mejor (más bueno) argumento, esa solución es arbitraria. Cosa distinta en Rawls, de cuyo principio de diferenciación se puede deducir una prioridad ética de determinados argumentos frente a otros (a la persona peor situada se le concede el argumento prioritariamente decisivo) en Habermas no hay criterio de prioridad y en consecuencia su construcción de un discurso práctico conduce a un “principio vacío”²⁶¹.

Al final, la gran pregunta que se hace Kaufmann, es qué es lo correcto y cómo se decide, con lo cual parece que pierde su dimensión objetiva. El siguiente señalamiento del autor que comentamos refleja esa pregunta clave para dilucidar la verdadera naturaleza de lo ético. Siguiendo las teorías del consenso Kaufmann señala:

“Qué es “correcto” lo decide el consenso de quienes se encuentran en una “comunidad ideal de comunicación” (Apel), en la “situación ideal de habla” (Habermas) o en un “auditorio universal” (Perelman). Una norma es universalizable (una regla, un modelo de conducta, etc.) cuando puede ser aprobada por todos. No es posible engañarse sobre que el consenso de todos, o siquiera el de todos los seres razonables (¿quién decide y conforme a qué reglas, quien es “razonable”?) no se conseguiría jamás, como tampoco sobre que alguna vez se dé la “situación ideal de habla”, “la comunidad de comunicación ideal, o “el auditorio universal”. Todo esto

de todos los afectados. Únicamente mediante la fundamentación de este principio puente podremos avanzar hacia la ética discursiva. En todo caso, he dado tal forma a (U) que excluye una aplicación monológica de este postulado; únicamente regula argumentaciones entre distintos participantes y hasta contiene la perspectiva de argumentos reales, que están por hacerse y a los que se permite entrar a los afectados. A este respecto, nuestro postulado de universalidad es distinto de la conocida propuesta de John Rawls”. Ver Jürgen Habermas, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 77.

²⁶¹ Ver Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 484. Ver Manuel Atienza, ob. cit., pp. 150 y ss.

sucede solo en las operaciones mentales del ético del discurso. Este proceso intelectual, que es tan ficticio como es ficticia la teoría del contrato social, es puramente formal, carece de contenido; como Habermas hace presente, nada puede infiltrarse desde “afuera del discurso”. La fundamentación formal de juicios morales y jurídicos correctos debe garantizarse sobre todo mediante la observancia de la racionalidad formal (y con esto se relaciona que la ética discursiva contraponga a la teoría de correspondencia con la verdad la teoría del consenso de la verdad). Mediante el formalismo de la ética del discurso deberá evitarse el sofisma naturalístico. El temor al círculo es lo que impide a los éticos del discurso como también a los constructivistas, llegar a la materia. El principio de universalización debe igualarse a la generalización lo que significa: casos semejantes sacados a la luz deben garantizar su tipicidad, el juez deberá ser una persona objetiva. Lo último es una ficción desmascarada hace mucho tiempo por la hermenéutica, de la cual nunca podrá decirse que sea una ficción razonable”²⁶².

Creo que la cita que hace Kaufmann de Apel es ilustrativa de lo que quiere expresar: *“no se puede equiparar nunca el consenso de los participantes del discurso con el consenso de todos los afectados”²⁶³*. Posiblemente la crítica más aguda a la teoría del discurso que menciona Kaufmann viene de Charles Taylor. Su tesis principal se expresa así:

“Yo afirmo que todas las teorías que dan preeminencia a la pregunta sobre lo correcto en realidad se apoyan en una idea del bien y ciertamente en dos sentidos diferentes, a) Que lo requiere la articulación de esta idea; y b) Que cada intento de aferrarse a una teoría de lo correcto, sin respaldo de una teoría de lo bueno, está condenada al fracaso”.

Él dirige a la ética del discurso la pregunta que debe ser obligatoria que *“determinado procedimiento desempeñando una posición especial, logre consecuencias”*. El mismo Taylor parte por ello de comprender positivamente la *conditio humana*, para lo cual se necesita una determinación de contenido no solo lógico procesal de lo éticamente correcto.

²⁶² Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 486 y 487.

²⁶³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 488.

Taylor aboga entonces de nuevo por una ética de lo bueno en lugar de una ética de las reglas²⁶⁴.

Debemos señalar que no es que Kaufmann niegue todo mérito a una ética del discurso. El mismo es un instrumento necesario, en su opinión, para obtener juicios normativos irrenunciables. De alguna manera está presente en Kaufmann ese realismo pragmático de Peirce, citado por él varias veces en su obra, que aboga por lo real. En tal sentido señala:

“...es necesario el discurso real que tenga contenido (estos no tienen que ser contenidos substanciales), los cuales no son idénticos a los procedimientos; más bien existen ya antes de los procedimientos, aunque todavía considerablemente informes, para obtener luego en la forma del procedimiento el objeto discursivo. Tampoco los éticos discursivos pueden renunciar al contenido de la experiencia, pues los contendientes tienen que ser competentes... un discurso real, fundamentado en la experiencia de la vida práctica, no puede jamás proporcionar fundamentaciones finales. Solo puede ofrecer recomendaciones a los hombres. La decisión tiene que tomarla finalmente el individuo mismo o los muchos individuos, el legislador; él no puede esperar a una fundamentación final. La ética del discurso se ve imposibilitada para hacer justicia a la historicidad y contextualidad de todos los juicios normativos, una experiencia que conduce necesariamente a la evidencia de que la filosofía no puede proporcionar ninguna fundamentación universalmente obligatoria para una teoría de la justicia. La idea del Derecho ha de buscarse aquí abajo en nuestro mundo; con una “fundamentación final pragmático-trascendental” ella no alumbrará nunca jamás”²⁶⁵.

A fin de cuentas, siempre es conveniente recordar lo señalado por el maestro del autor que comentamos: *“La vida, mientras se la vive, está únicamente bajo las leyes universales de lo Bueno, lo Verdadero y lo Bello; solo a la vida ya vivida corresponden las valoraciones ‘personalidad’ y ‘nación’”²⁶⁶.*

²⁶⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 490 y 491.

²⁶⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 491 y 492.

²⁶⁶ Gustav Radbruch, ob. cit., p. 344.

En función de lo anterior, y en la búsqueda de contenido, Kaufmann se ocupa de las teorías de la verdad. Sus comentarios complementan la parte relativa a las corrientes modernas de la filosofía del Derecho. El tema se relaciona con la concepción de la verdad que tienen las teorías “puramente procesales”. Para el autor en estudio:

“Las principales debilidades de las teorías puramente procesales, en especial de la teoría del consenso, se encuentran en el supuesto de poder pasarse sin experiencia, sin algo de contenido. Esto tiene que ver con la concepción que le sirve de base (se trata aquí solo del pensamiento intencional no del pensamiento reflexivo). Estas corrientes tienen de común que rechazan la llamada teoría de la correspondencia de la verdad, conforme a la cual entre proposiciones o asertos y un mundo siempre asequible de la realidad existe una correspondencia (la antigua fórmula: veritas est adequatio intellectus et re)”²⁶⁷.

En opinión de Habermas, citado por Kaufmann:

“...carece de importancia que la verdad se apoye en cualquier relación con algo (no hay según esta comprensión, ningún algo en el discurso) del que pudiera decirse que sería verdadero. Solo interesa la relación de enunciados: teoría consensual de la verdad”²⁶⁸.

Luce evidente, tal como lo indica Kaufmann, que la verdad no puede ser el resultado de un consenso ya que puede estar del lado de los que se negaron al consenso en la discusión dada. Tal como expresa Kaufmann: “La falta de un consenso no prueba, ni siquiera es un indicio, de que todos o algunos estén en el error”. En el mismo orden de ideas al que venimos refiriéndonos, concluye el profesor alemán:

“Hay buenos motivos para apoyar la validez de las normas jurídicas solo en un consenso realizado formalmente de manera correcta, puesto que un consenso de esta índole procura cierta presunción

²⁶⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 493 y 494. Ver Hilary Putnam, *Razón, verdad e historia*, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 65 y ss. Ver Julio Rodríguez Berrizbeitia, *Integración y orientación e la obra filosófica de Dworkin, Putnam y Hart*, Serie Estudios, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2015, pp. 73 y ss.

²⁶⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 494.

de la exactitud del contenido (presumiendo que los participantes en el discurso dispongan de la suficiente experiencia objetiva), Pero más no. No hay entonces un buen motivo para conceptuar sobre un consenso de esta clase que predica la verdad, mucho menos la fundamentación última de la verdad. Esto no lo da aquí la teoría del consenso. Solamente cuando ella determine en cuanto al contenido y se amplíe hacia un modelo de convergencia pueden obtenerse también consecuencias en su contenido”²⁶⁹.

Lo anterior lleva a Kaufmann a ratificar uno de los postulados centrales de su filosofía jurídica: la teoría de la convergencia que él define como la ordenación de diversos conocimientos procedentes de distintos sujetos e independientemente entre sí, del mismo ente. En este sentido puede decirse que la convergencia es no solo un medio para el conocimiento de lo concreto sino también criterio de la verdad. Solo una teoría de la verdad, así entendida es, de otra parte, armonizable una falibilidad pragmática, que exige en el punto de convergencia de las opiniones falibles un conocimiento objetivo (no malinterpretar objetivo como substancial), mientras que el falibilismo absoluto, en el sentido de Popper tiene en último término, que caer en el vacío²⁷⁰.

No es que Kaufmann, a pesar de los pros y contras de la teoría de la convergencia, descarte al consenso, solo quiere establecer límites y por ello cita a Wolfgang Naucke cuando señala: “*Consenso como fuente del Derecho justo; Derecho justo como límite del consenso*”²⁷¹. No deja de profundizar Kaufmann en el tema relativo a lo que él llama “*el verdadero aspecto básico de las teorías procesales*”. En tal sentido toma como modelo de dichas teorías a Robert Alexy sobre el cual señala:

“Robert Alexy ha dicho con precisión lo que él entiende por una teoría semejante: así, “un enunciado normativo es correcto o –bajo el supuesto de una teoría liberal de la verdad– verdadero cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, de un discurso racional”²⁷².

²⁶⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 495.

²⁷⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 496.

²⁷¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 497.

²⁷² Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 501 y 502.

La relación de la verdad con el discurso racional adquiere una nota propia en el discurso normativo. Ello lo diferencia como teoría procesal, frente a la lógica tradicional y al pensamiento reflexivo. Tal como señala el autor *in comento*: “Para la corrección o verdad de un enunciado normativo importa únicamente que se haya logrado un consenso en un discurso racional. Para la lógica tradicional el juicio es la sede de la verdad, y para el pensamiento reflexivo lo es el concepto, mientras la teoría del discurso eleva ahora a sede de la verdad el proceso. Pero el proceso no nos garantiza absolutamente nada si no está soportado en una materialidad que sea el fundamento de dicho proceso”. En otras palabras, como dice Kaufmann debe versar sobre cosas. Kaufmann explica lo anterior señalando:

“...una teoría procesal materialmente fundada tiene una justificación; su justificación consiste sencillamente en que también en ciencia y filosofía se tiene que hablar sobre las cosas. Se aprende también a pensar solo en la materia del pensamiento y este se acredita únicamente en su substancia. Lo repito una vez más; los contenidos del Derecho y la justicia son demasiado importantes como para dejárselos solo a los políticos, de suyo necesariamente parciales”²⁷³.

Para Kaufmann las teorías procesales tienen un valor heurístico

“...se puede comparar esto con la fórmula usual para todo jurista de la conditio-sine-qua-non, con cuya ayuda nunca puede encontrarse una relación causal desconocida, pero que es muy apropiada para verificar la conformidad de una afirmación o negación de causalidad”.

Pero sobre todo dichas teorías muestran, como característica central un aspecto correcto:

“Ciertamente emerge verdad (corrección) en la esfera de lo normativo... no solo mediante procesos sino justamente en los procesos. Pues conocimiento de lo normativo son también siempre producto del sujeto que conoce, pero no son solo producto suyo... También el discurso normativo debe tener un “objeto” (aun cuando no

²⁷³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 502.

substancial), un tema. La debilidad de las teorías procesales puras consiste en que creen renunciar al contenido y a la experiencia, ellas necesitan complementación”²⁷⁴.

Lo anteriormente señalado propone desarrollarlo Kaufmann recurriendo a lo que él llama los tres pilares básicos del discurso práctico normativo: el principio de argumentación, el principio de consenso o de convergencia y el principio de falibilidad. Aunque no podemos detenernos en ellos, permítanme hacer algunos comentarios generales a fin de al menos ubicar la línea de argumentación, inspirado en Charles S. Peirce, se refiere a un discurso racional que se funda en una comunidad de argumentación libre en la cual cada participante aporta los argumentos que quiera someter a la consideración de los demás.

El fin es la elaboración de intersubjetividad. Conforme a esto, un conocimiento es verdadero cuando se tienen en cuenta todos los fundamentos relevantes y cuando se puede pensar que todos lo aprobarían, en cuanto hayan comprendido esos fundamentos. La verdad, pues, no se puede separar de la intersubjetividad²⁷⁵.

El principio anteriormente descrito debe ser complementado mediante el principio de consenso (convergencia) y el principio de falibilidad:

“Estos indican que ningún consenso es definitivo, que más bien cada afirmación, cada conclusión, cada argumentación es básicamente falible, esto es corregible por principio, con una excepción: el propio principio de consenso, el axioma de que ningún consenso alcanzado es definitivo, no es falible, pues si, por el contrario, fuera válido que un consenso definitivo pueda darse, esto sería lo contrario del principio del consenso. Con otras palabras: sobre las condiciones de la argumentación no es posible argumentar razonablemente”²⁷⁶.

La siguiente conclusión de Kaufmann sobre la teoría del discurso es ilustrativa de los pasos seguidos por el profesor alemán –probablemente pretende enseñarnos que no hay productos terminados en el

²⁷⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 503.

²⁷⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 504.

²⁷⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 505.

Derecho— para aproximarnos a la relación existente entre lo formal y la verdad:

“Por cuanto la teoría del discurso solo designa reglas formales, esto es cómo se argumenta racionalmente –las condiciones de una situación dialogante ideal– ella solo puede estar autorizada para la comprobación de que un consenso se ha producido formalmente de modo correcto, pero no puede afirmar el logro de la verdad (corrección) de un contenido de algo, por ejemplo, de normas. El discurso racional, que busca el consenso como tal, nada dice acerca de lo que es verdadero y correcto y tampoco qué debemos hacer nosotros. Este no reemplaza el saber y la experiencia de los interlocutores, sino que presume estas habilidades. Solo hasta que los interlocutores en el discurso dan a este un contenido, un tema, que no es el discurso mismo (la mayor parte de las veces la fijación precisa del tema ocurre en el proceso del discurso), puede este llevar a resultados verdaderos o correctos”²⁷⁷.

DUODÉCIMA PARTE EL PRINCIPIO DE TOLERANCIA. FILOSOFÍA DEL DERECHO EN UNA SOCIEDAD PLURALISTA DE RIESGO

Con toda razón Kaufmann dedica el último capítulo de su obra a un tema central en el cual se combina experiencia de vida con formación jurídica. El mismo es útil para iluminar algunas cosas de la realidad actual de nuestro país y para plantear interrogantes esenciales al proceso que estamos por vivir en los próximos tiempos. En realidad “la tolerancia” planteada por Kaufmann nos coloca frente a una postura básica para la reconstrucción de una nueva sociedad pluralista en la cual no suceda lo que decía Joseph Schumpeter: *“La primera cosa que el hombre va a hacer por sus ideales es mentir”*²⁷⁸. En relación a la tolerancia señala Kaufmann:

“El principio de tolerancia estaba desde siempre implícito en los principios de “equidad” y de “responsabilidad”. El hecho que yo

²⁷⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 507.

²⁷⁸ Joseph A. Schumpeter, *History of Economic Analysis*, Oxford University Press, New York, 1954, pp. 43 ss.

lo destaque especialmente obedece a que la tolerancia tiene en el mundo de hoy un papel mucho más grande que nunca. La tolerancia debería ser una de las virtudes más importantes en la “sociedad pluralista de riesgo”²⁷⁹.

Pero en Kaufmann el tema de la democracia, al igual que en Radbruch, está íntimamente vinculado con el Estado de derecho. Así nos aporta la siguiente cita de su maestro:

“La democracia es con certeza un bien loable, pero el Estado de derecho es como el pan diario, como el agua para beber y el aire para respirar, y lo mejor de la democracia es precisamente esto, que ella solo es apropiada para garantizar el Estado de derecho”²⁸⁰.

El tema referente a la forma de vivir democrática es clave para Kaufmann, ella supone un entendimiento por parte del pueblo, a pesar de las dificultades inherentes a la misma. Por ello califica a la democracia como la forma estatal más difícil. El siguiente comentario es ilustrativo para un pueblo como el nuestro, en el cual se ponderan siempre las ventajas de un régimen cercano a la dictadura:

“La democracia es la más difícil de todas las formas estatales, es una forma de estado de riesgo, siempre amenazada de fracasar. El Estado autoritario, la dictadura, es más fácil para los “súbditos”. Ellos solo tienen que obedecer, nada más, de todo el resto se ocupa el Estado o el partido. El individuo no necesita pensar ni decidir por sí mismo en lo que atañe al bienestar común. Por ello no es en manera alguna sorprendente que los ciudadanos de los países que fueron liberados de la dictadura sientan de nuevo nostalgia por ella. Dicen, en efecto, que si se callaban la boca en el Estado autoritario se podía vivir muy bien; vivir bien, ¡pero sin libertad!”²⁸¹.

De alguna forma, el autor que comentamos propone frente a la sociedad de riesgo, a un “ciudadano emancipado”. Su experiencia de

²⁷⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 526.

²⁸⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 516.

²⁸¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 517.

Alemania, partiendo de la república de Weimar, lo llevó a decir que la mayoría de los alemanes no son demócratas de estirpe, ya que no han interiorizado la democracia. Quizás el tiempo transcurrido y la experiencia de hoy dan la razón a Kaufmann. Su alerta con respecto a la ley de la mayoría que rige en la democracia es una advertencia que debe estar siempre presente en la sociedad:

“La mayoría lo puede todo, a excepción de dos cosas: ella no puede eliminar el propio principio de mayoría, y con él la democracia, y no puede abolir los derechos humanos y fundamentales, pues estos valen pre-estatalmente, el Estado no los otorga, sino únicamente los protege. Así, por ejemplo, se encuentra fuera de discusión la prohibición de homicidio, y cuando hoy, de nuevo –a pesar de las malas experiencias del llamado decreto de eutanasia de Hitler–, se pronuncian las voces de aquellos que abogan por ella, así sea limitada, es preciso tener cuidado a fin de que no ocurra otra vez una desgracia”²⁸².

Kaufmann no deja de abogar por el pluralismo, ya que el mismo es esencial para la democracia. Ciertamente que el pluralismo se relaciona con el relativismo y el modo de conocimiento de la realidad. Para Kaufman, uno de los grandes aportes de la teoría del discurso es haber puesto de relieve que el conocimiento científico no se puede obtener en solitario, sino más bien, con la cooperación de todos. En un mundo del computador, relacionado al igual que la lógica formal con alternativas extremas como verdadero o falso, la reflexión a hacer es cómo dar entrada en esa forma de razonar, al pluralismo. La pregunta que se hace Kaufmann es de gran interés: “¿Existirá alguna vez el ‘pluralismo del computador’?”. Este sería entonces un verdadero computador humano²⁸³.

Otro tema abordado por Kaufmann es el relativo a la convivencia de un mundo antropocéntrico con la naturaleza (incluyendo a otros seres vivos). Su preocupación ilustra muchas discusiones que se están dando hoy en día con respecto a la protección del medio ambiente y del “mal” llamado reino animal. Sobre este tema no deja de enfatizar que: “La

²⁸² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 518.

²⁸³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 521.

filosofía del Derecho no tiene preparadas soluciones a los problemas de la ecología o de la protección de los animales". A fin de cuentas, su función es la de revisar, a la luz de principios permanentes, la razonabilidad de los argumentos aportados por unos y otros, en especial cuando ellos pueden ser el soporte de expresiones normativas independientemente del ámbito de aplicación de las mismas. Kaufmann, al igual que Hans Jonas, parece estar consciente de la necesidad de construir una "ética del futuro", Kaufmann caracteriza a la sociedad actual como una sociedad de riesgo. El tema es que la relaciona con el Derecho natural y la imposibilidad de darse el mismo en una sociedad abierta. Así señala:

*"No tenemos más una ley –"ley natural"– en la que podamos leer, para toda clase de casos, la manera como tenemos que comportarnos. La sociedad moderna es en alto grado compleja y ello solo puede funcionar como sociedad abierta. Y también la argumentación racional puede dar resultado solo en un sistema abierto, en donde el número de los posibles argumentos es básicamente ilimitado. En la sociedad pluralista de riesgo de nuestra época tiene el hombre que actuar impetuosamente sobre el mundo, sin poder disponer siempre de antemano de normas seguras o remitir a un concepto fijo de naturaleza si su acción es correcta; es decir, tiene que actuar con riesgo"*²⁸⁴.

A diferencia de Kaufmann, tengo la impresión de que la ley natural es más requerida en una situación de riesgo como la planteada por Kaufmann. En una sociedad de cambios bruscos e impredecibles debe quedar claro que lo más expuesto es el Derecho positivo, lo que incrementa la necesidad de actuar con esos principios inmanentes que no cambian por razón de naturaleza, sino más bien por ser inherentes a nuestra condición de persona creada a imagen y semejanza de Dios. Pongamos dos ejemplos: la llamada teoría de la imprevisión requiere, en un mundo como este de riesgo, una consideración particular porque los cambios dificultan la estabilidad de las consideraciones. En materia de empresas y responsabilidad de los administradores las prácticas del buen gobierno corporativo son esenciales para complementar de forma

²⁸⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 529.

necesaria la actuación de los administradores. Lo anterior es muestra de las imposiciones que la realidad impone a un Derecho que tiene que responder a horizontes legislativos más cortos que en el pasado. La cautela exigida antes por el Derecho, para Kaufmann, resulta hoy no tan fácil de ejercer. Tal como señala:

“Comportarse con exceso de cautela de ninguna manera es la respuesta correcta para todas las situaciones pretendidamente riesgosas, no solo en casos espectaculares... sino también en las muchas circunstancias de la vida diaria. La tolerancia tiene que posibilitar que hombres conscientemente responsables también puedan conducirse con responsabilidad, sin tener que tener secuelas legales si una empresa ha de acabar mal”²⁸⁵.

Ciertamente que no es sencillo valorar las posibilidades de riesgo, cuando lo que está en juego son consecuencias legales y de alguna forma pareciera que dentro de la idea social del Derecho está la de mantener alejados a los ciudadanos de toda posibilidad de infringir el ordenamiento legal. La efectividad de dicho *desiderátum* constituye un tema clave para la comprensión integral del orden normativo legal, el cual está dotado de recursos distintos a los de otros órdenes normativos. En todo caso Kaufmann se adelanta a señalar que *“escondarse detrás de la ley y no asumir ninguna responsabilidad personal por la sentencia es temor al riesgo”²⁸⁶*. En todo caso, podríamos preguntarnos de qué tipo de ley estamos hablando, por supuesto en lo relativo a contenido. Lo anteriormente relacionado con el ciudadano común, también puede afectar a la conciencia del juez. En tal sentido se pregunta Kaufmann lo siguiente:

“Puesto que la idea de que la aplicación del Derecho es solo subsumción no valorativa no puede sostenerse seriamente. Bajo un rasgo normativo tan fuerte como reprochable, no se puede en realidad simplemente subsumir. En verdad el juez está ligado a la ley. Pero ese vínculo no puede llevar a que él no esté dispuesto a asumir para sí ningún riesgo personal, en consecuencia, que se esconda

²⁸⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 530

²⁸⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 533.

detrás de la ley y no quiera asumir ninguna responsabilidad por la sentencia”²⁸⁷.

Lo verdaderamente interesante de Kaufmann, creo que es una idea capital de su obra, es la advertencia al jurista del tipo de sociedad dentro de la cual tiene que desarrollar su obra y aportar elementos de cambio que, armonizados con otros, provenientes de otras disciplinas sociales (sistemas diría Luhmann) puedan ser claves para el logro del orden y la coherencia social en libertad y con respeto a los derechos humanos. Su siguiente cita ilustra la densidad de su pretensión:

“Teniendo en cuenta todas estas inseguridades y riesgos, acierta bien una frase de Armin Kaufmann: este dice que debemos en todo saber jurídico-científico recordar siempre “que nosotros tenemos que pronunciar Derecho, sin la certeza de haber pronunciado también el Derecho”. No podemos escapar al riesgo, ni siquiera cuando no queremos caer en él, tanto más cuando no somos conscientes en absoluto del riesgo”²⁸⁸.

Pero la formulación del riesgo en una sociedad pluralista no es para Kaufmann un esfuerzo más teórico sino la búsqueda de respuestas jurídico-éticas frente a problemas particulares como la bioética y la genética humana. En tal sentido advierte

“...nosotros vivimos una revolución tecnológica, que en comparación con las revoluciones técnicas en la esfera de la física tiene una dimensión enteramente nueva, quizás mucho más perturbadora, en todo caso imprevisible. La revolución de la biotecnología. Hans Jonas ha sintetizado esa nueva dimensión en la fórmula: “Los errores mecánicos son reversibles; los errores biogenéticos, irreversibles”²⁸⁹.

²⁸⁷ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 533.

²⁸⁸ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 534. La cita textual de Armin Kaufmann mencionada por Arthur Kaufmann en el pie de página 25 de la página ya señalada, merece ser mencionada para entender su alcance: “El pensamiento y el sentimiento humano de justicia está metido entre la certeza de la justicia ‘en sí’ y la incerteza sobre lo que sea justicia. Toda teoría de la justicia está caracterizada por esta tensión. Con esto, todo Derecho positivo tiene que aceptar que la incerteza de cómo puede ser Derecho justo se reemplace por la certeza de cómo es Derecho, sin poder eliminar la duda acerca de si ese Derecho también es justo”.

²⁸⁹ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 535.

Para Kaufmann la interdependencia entre la técnica y la ética coloca al jurista frente a temas ineludibles. La posibilidad de generalizar procesos bioquímicos en los cuales los resultados no están garantizados, pero nunca lo van a estar si los mismos no están precedidos por experimentaciones prácticas, muchas de ellas en seres humanos, constituye –a pesar de todas las garantías posibles– un riesgo característico de la investigación avanzada de hoy. Kaufmann matiza el tema al señalar:

“...no pueden los biólogos y éticos eludir simplemente los mandamientos y prohibiciones de la ética invocando la libertad de la ciencia y la investigación, pues esta tiene sus límites inmanentes en los valores del cuerpo, la vida, la autodeterminación y dignidad del hombre, y esas limitaciones subyacen no solo a la aplicación tecnológica, sino que existían ya en la investigación básica”²⁹⁰.

El gran tema para el autor que venimos estudiando es la combinación de la acción requerida en un mundo dinámico con la cautela que convierta a ese actuar en un actuar responsable. Se requiere para Kaufmann una ética de la responsabilidad y en tal sentido acude a Max Weber:

“...la categoría ética de la responsabilidad fue tematizada en especial por Max Weber, quien en la búsqueda de un nuevo principio útil para una ética política se topó con esa categoría. Desde entonces es corriente enfrentar ética de conciencia y ética de responsabilidad. Pero también aquí falla el todo o nada. Una ética de responsabilidad que no se corresponda en convicciones correctas tiene que degenerar en una trivial ética del éxito que quiere obligar a los hombres, a una especie de programa de optimización para el universo. De otro lado, una ética de convicción, que sea ciega para las consecuencias, ya no se funda en una convicción correcta. Solo hombres dispuestos a mucho, pero no capaces de todo, merecen que se les confíe una responsabilidad, dice Robert Spaemann. Una bioética tiene que considerar ambos aspectos. Y puesto que la biotecnología tiene consecuencias abundantes y en gran medida imprevisibles para el futuro, quizás también para un

²⁹⁰ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 538 y 539.

futuro muy lejano, la bioética tiene que ser ética de futuro, ética de responsabilidad futura, tal como Hans Jonas ha deducido del imperativo categórico: “Actúa de tal manera que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de vida genuina sobre la tierra”²⁹¹.

No podemos desarrollar en este trabajo toda la larga consideración del autor que comentamos acerca de la clonación, especialmente después del año 1985 del pasado siglo. Muchas de sus observaciones se refieren al ambiente imperante en su nativa Alemania con respecto al tema:

“Pero hoy no es posible despachar sencillamente el problema de la clonación de humanos como una fantasmagoría. Y en todo caso se tiene que considerar la admonición de numerosos científicos naturales y médicos, quienes insisten más y más en que las barreras éticas y jurídicas impiden más de la cuenta la investigación en nuestro país, lo que obliga a quejarse en cuanto a Alemania. De todos modos, ya se encuentra relegada a segundo plano frente a los países progresistas”²⁹².

En realidad, pareciera que al país al que se refiere Kaufmann, por una experiencia no del todo olvidada, trata de definir claramente las implicaciones morales que el tema acarrea. El propio Kaufmann está consciente, como más adelante lo expresa, de las preocupaciones que la clonación genera en cuanto a la “*dignidad humana como tal*”. Probablemente no estemos listos para asumir un análisis correcto de los efectos que la práctica pueda generar dentro de una comunidad social tal como la que hemos venido desarrollando a lo largo de la historia de la humanidad. Temas como la familia, la educación, la adaptación social y la vida en común están sujetos a una reflexión que luce difícil de anticipar.

Otro tema central para Kaufmann es el de la tolerancia. Si bien trata de verlo en un contexto más amplio que el religioso, a pesar de los

²⁹¹ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 542 y 543.

²⁹² Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 552.

brotos de fanatismo religioso que estamos presenciando en el mundo de hoy, su esfuerzo se orienta a todo aquello que se dirige contra la pluralidad de pensamiento. Para el autor que comentamos la tolerancia no es ilimitada, no se puede garantizar a cualquier precio, especialmente cuando compromete la libertad de los demás. Kaufmann realiza un recorrido de opiniones valiosas para describir las dificultades de las implicaciones prácticas del concepto:

“Muy a menudo se puede leer que la tolerancia está prohibida frente a la intolerancia; así, por ejemplo, Gustav Radbruch: tolerancia sí, “pero no tolerancia frente a la intolerancia”. Así Karl Jaspers: “la intolerancia contra la intolerancia es ineludible”; y no de otra manera Werner Maihofer: contra “sistemas de intolerancia es ineludible solo hay una política de intolerancia”. En oposición a esto se objeta, por cierto, que es una contradicción interna decir que la intolerancia no puede soportar la intolerancia. En este sentido ha opinado, por ejemplo, Hans Kelsen; está en la esencia de la tolerancia que la propia democracia pueda ser abolida mediante la decisión de la mayoría. Esto en verdad no es correcto. No es una contradicción lógica que el tolerante diga que no tolera la intolerancia, pues esta proposición se encuentra en una relación escalonada de objeto y metaobjeto. A causa de esto no se percibe todavía por qué frente al intolerante siempre y básicamente se debe ser intolerante. En definitiva, no es acertado el concepto de Theodor Maunz según el cual el intolerante, por cuanto hiere a la dignidad humana, no puede invocar derechos conforme a la Constitución, pues ni siquiera el delincuente pierde absolutamente todos sus derechos en un Estado de derecho. Pero, por lo demás, tampoco es imaginable por qué la intolerancia siempre deba combatirse con la intolerancia. La tolerancia tiene su raíz en la idea de la libertad, y donde el intolerante no pone en peligro la libertad garantizada en la constitución, no hay, como lo dice con entera razón John Rawls “ningún fundamento para negarle a él la libertad”. Manfred Hättich avanza todavía un paso más cuando niega el carácter liberal a una sociedad donde no haya en una cierta medida un espacio de intolerancia”²⁹³.

²⁹³ Arthur Kaufmann, ob. cit., p. 568. Pedro Bravo Gala en la introducción a la *Carta sobre la tolerancia* de John Locke, citado por Kaufmann, menciona en una cita inicial un texto de

En el caso de nuestro país de lo que sí podemos estar seguros, es que la restitución del Estado de derecho, que algún día que tarde más temprano llegará, va a tratar igual a aquellos que se han servido de posiciones intolerantes en el manejo de la política. Siguiendo a Niklas Luhmann, el autor en estudio insiste en el cambio dramático que en el mundo se ha producido con el paso de sociedades cerradas a abiertas. En tal sentido advierte que:

“Las sociedades cerradas son sociedades con estructuras relativamente simples, estáticas. Nuestra sociedad moderna se caracteriza por el alto grado de complejidad social. Esto no puede dejar de tener importantes consecuencias para el problema de la tolerancia..., en el “problema del riesgo anticipado” (Niklas Luhmann), se señaló que en sociedades altamente complejas nadie puede actuar con responsabilidad sin correr el peligro de haber estimado falsamente el curso de la acción. Por eso aquí no se permite más ejercer una simple tolerancia “práctica” bajo el mantenimiento de la intolerancia “dogmática”. Aquí la “intolerancia dogmática” llega literalmente a su “término”, ella es solo “intolerancia práctica”... Solo el tolerante puede conducirse adecuadamente con la complejidad. Este es abierto frente a situaciones abiertas, calcula con esto que otros posiblemente tengan mejor información que él, sobre qué nuevas situaciones exigen nuevas interpretaciones, pero en eso es consciente de que siempre son solo interpretaciones de la complejidad y que por ello estas nunca pueden ser concluyentes y absolutas. En tanto reacciona abiertamente ante el mundo cambiante,

Milton (Areopagítica): “Más si no pueden todos ser de igual parecer ¿y quien aspiraría a tanto?, será sin duda más saludable, más prudente y más cristiano que sean muchos tolerados, antes que todos constreñidos. Ver John Locke, *Carta sobre la tolerancia* con introducción de Pedro Bravo Gala, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966. p. 7. Rawls habla de “pluralismo razonable” (*reasonable pluralism*): la existencia de concepciones conflictivas con respecto al bien pero que son razonablemente sostenidas. Ver Paul Graham, *Rawls*, ob. cit., p. 124. El filósofo norteamericano John Lachs en un artículo acerca de “Pluralism and Choice-Inclusive Facts” se refiere a la educación filosófica como aporte, entre otros temas, al pluralismo. Así señala: “El reciente y vasto crecimiento de la ética aplicada demuestra el valor de la educación filosófica: el examen crítico de las distintas propuestas de acción, la detección de lo falso, el desenmascaramiento de las contradicciones de la vida, y la presentación de alternativas clarifica nuestras decisiones sociales y nos mueve cada vez más cerca hacia un mundo más humano”. Ver John Lachs, *Freedom and Limits*, Fordham University Press, New York, 2014. p. 290.

se preocupa de que este permanezca abierto. Y de esa manera “elabora” complejidad, hace nuestro mundo más humano”²⁹⁴.

No ignora Kaufmann las dificultades de la práctica de la tolerancia en un mundo de posiciones encontradas donde los éxitos se miden por las pocas concesiones independientemente de los resultados finales. Como dice Kaufmann la tolerancia no es una cosa fácil. Así no se eleve ella a la cima del prójimo o quizás al amor del enemigo, sin embargo, es “algo muy laborioso”. Ella presupone un alto gado de libertad espiritual y la capacidad de construir una opinión segura. Exige capacidad de comunicación y sobre todo la virtud de poder escuchar, de poder aceptar a los demás y de poderlos tomar en serio. Y necesita la fuerza para poder comenzar siempre de nuevo y dejarse aconsejar a través de nuevas situaciones y nuevas informaciones. Lo dicho vale en gran medida para la llamada tolerancia de la ambigüedad, esto es, que teniendo en cuenta la insolubilidad de cuestiones y problemas existenciales no se resigne ni decaiga en sentimientos y apatía o pérdida de sentido, sino se soporte en libertad²⁹⁵.

En Kaufmann, siguiendo a Alexander Mitscherlich, la tolerancia tiene un fin más ambicioso, todavía, que el mero acuerdo social. En realidad, para el:

“La tolerancia no surge de manera mítica mediante actos de voluntad moral, sino mediante la contención de la pobreza... La contención de la pobreza conduce a la tolerancia, la tolerancia lleva a la contención de la pobreza. En este sentido la tolerancia es un elemento de la justicia social, ella se deberá al bienestar común. La justicia social puede garantizar el Derecho conforme al utilitarismo negativo, solo en sentido negativo y esto también solo

²⁹⁴ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 575 y 576. Gabe Mythen comentando la obra de Ulrich Beck señala: “Convergencia económica, fluctuaciones políticas e inseguridad nacional han sido los motivos de nuestra época. Nosotros vivimos en un mundo fugitivo salpicado por grandes peligros, conflictos militares y riesgos ambientales. Como resultado, importantes partes de nuestra vida diaria son dedicadas a negociar cambios, lidiar con la incertidumbre y calcular el impacto personal de situaciones que parecen estar fuera de control. De una manera, o de otra, las señales distintivas de la sociedad moderna están todas asociadas con el fenómeno del riesgo”. Ver Gabe Mythen, *Ulrich Beck. A Critical Introduction to de Risk Society*, Pluto Press, London, 2004. Pos 60 y ss. Edición electrónica de Amazon Kindle.

²⁹⁵ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 576 y 577.

incompletamente, no en lo que depara a los hombres en felicidad, sino solo de la manera en que a ellos les limita la desgracia y la aflicción. Así finalizará este libro en el imperativo categórico de la tolerancia: Actúa de tal manera que las consecuencias de tus acciones sean compatibles con la mayor posibilidad de evitar o disminuir la miseria humana”²⁹⁶.

En realidad, al imperativo categórico de Kaufmann solo le haría falta advertir que la justicia social no puede nunca ser motivo para incrementar la intolerancia en una sociedad bajo la excusa de sentirse especialmente ungida para el logro de la misma. Creo que este último capítulo que hemos estudiado de la obra de Kaufmann, trae a la memoria las enseñanzas de otro entrañable profesor de filosofía jurídica que enseñaba:

“Porque para ser y actuar como jurista, en “un mundo en cambio” hay que tener esperanza; y sentirla profundamente como profecía que perfora el tiempo a la vez que afirma enérgicamente que “así será”; como virtud “que rehúsa a desesperar ante la prueba y la cautividad” y como amor, que se basa en la comunión con el otro fundiéndose ambos en el Absoluto, Dios. Y lanzarse, decididos, a ser “juristas”, hombres de la justicia y la verdad en un mundo en cambio y –todavía– radicalmente injusto. Lo cual significa un riesgo. Pero es riesgo de una hermosa y apasionante aventura que pueda dar sentido a toda una vida. Una vida fundada en la esperanza, que, de por sí es riesgosa”²⁹⁷.

ALGUNOS COMENTARIOS FINALES

La obra de Kaufmann es interesante y actual. Su forma de vincular el pasado con el presente en fórmula de dejar claro que, con tolerancia, respeto a los derechos humanos, entendimiento del mundo en que vivimos, pluralismo, democracia, adaptación lógica a los nuevos tiempos, racionalidad en el uso de Derecho, etc. podemos construir un mundo mejor, constituye una esperanza que da sentido al trabajo del jurista.

²⁹⁶ Arthur Kaufmann, ob. cit., pp. 581 y 582.

²⁹⁷ Luis María Olaso, *Derechos humanos. Pensamiento comunitario y otros temas*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1988. pp. 463 y 464.

A menudo nos encontramos dando argumentos frente a los problemas que vivimos, en la creencia de que nuestro contexto es el único que ha tenido y tiene tales situaciones. El problema es que usamos argumentaciones muchas veces indefinidas y no debidamente maduras. Lo hacemos más con el afán de convencer a otros que con la idea clara de que los que difieren de nosotros puedan entender las argumentaciones que queremos dar.

En el fondo, los filósofos del Derecho no podemos dar fórmulas mágicas, como nadie puede hacerlo, para resolver los problemas de una sociedad. Es más, no podemos dar soluciones sino para una parte muy limitada de la realidad social, aunque el poder del Derecho nos haga ver horizontes más amplios. Frederick Schauer en su libro acerca de *La fuerza del Derecho* se refería a que el Derecho no es toda la organización política y social requerida. Asume algunas cosas y deja otras a ser solucionadas por otras instituciones de la vida socio-política de una sociedad. El Derecho es bueno para algunas tareas y no recomendable para otras. Pero para hacer una evaluación adecuada de cómo debe ser el diseño institucional del Derecho y cuáles son los roles que debe cumplir, debemos estar claros en las tareas a realizar por las instituciones jurídicas y las que no deben ser realizadas por estas²⁹⁸.

En la reconstrucción requerida después de la crisis, vamos a necesitar de una racionalidad intensificada que deje de lado tanto la sobreestimación del Derecho, como la infraestimación del mismo. Igualmente debe dejar de lado, con el argumento común de hacer justicia, todas aquellas apreciaciones derivadas solamente de factores sentimentales e ideológicos. No es que desaparezcan, deben seguir formando parte de nuestro repertorio histórico, pero no pueden ser elementos activos del plan exigido para lograr una paz duradera en nuestra sociedad. En tal sentido, el rol de la filosofía en general y de algunas ideas particulares de Kaufmann, como la tolerancia puede ser claves para emprender la labor que tenemos por delante. Las diversas tragedias que ha vivido la humanidad no dejan de enseñarnos, día a día, la necesidad de los valores para el diseño e implementación de un Derecho más justo. El argumento de la pretendida subjetividad de los valores, muchas veces no es

²⁹⁸ Frederick Schauer, *The Force of Law*, ob. cit., p. 167.

otra cosa que la renuncia a todo aquello que representa una búsqueda de un bien que siempre tiene formas de acercarnos a él, aunque parezca que nunca se alcance.

En todo caso, es mejor empezar a recorrer el camino que quedarnos donde estamos. Ya ni siquiera se trata de volver a ver la filosofía del Derecho en términos de positivismo o iusnaturalismo. La realidad, como pretendió verla Adolf Reinach, es más amplia que eso. Neil MacCormick al final de su obra sobre *Instituciones del Derecho* lo expresa así:

*“Qué funciones deben ser adscritas al Derecho en general o alguna ley en particular; o cualquier otra producción humana, es algo evidentemente discutible. Si en vez de declararlos abiertamente, un trabajo sobre Derecho omite confrontar y dar cuenta de los valores involucrados, puede dar la apariencia de que tiene mayor objetividad. Pero lo que es ideológico en un sentido peyorativo es ocultar la orientación a valores, no su abierta adopción. Una interpretación honesta, que declara abiertamente los valores que presupone, y que está tan alerta a las fallas como a los éxitos del sistema juzgados a la luz de esos valores, es la mejor objetividad disponible para las ciencias humanas, incluida la teoría del Derecho”*²⁹⁹.

Al final del camino de este trabajo, que pretende mostrar la obra de un gran jurista en la cual está presente siempre la orientación del maestro, lo que podemos señalar es su esfuerzo por abrir caminos a una reflexión que solo puede ser labor de cada uno. Creo que el maestro debe estar plenamente satisfecho si fue el agente activo de algunos de esos pasos en sus estudiantes. Rorty señalaba en un ensayo dedicado al “filósofo experto”:

*“Los filósofos no son filósofos porque tienen objetivos e intereses comunes (no los tienen), o métodos comunes (no los tienen), o se ponen de acuerdo para discutir un conjunto de problemas comunes (no lo hacen), o están dotados con facultades comunes (no las tienen), sino simple y sencillamente porque ellos toman parte en una sola y continua conversación”*³⁰⁰.

²⁹⁹ Neil MacCormick, *Instituciones del Derecho*, ob. cit., p. 376.

³⁰⁰ Richard Rorty, *Philosophy and The Mirror of Nature*, ob. cit., p. 411.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Editorial Astrea, segunda edición, Buenos Aires, 2012.
- ALMOGUERA CARRERES, Joaquín, “Introducción” en RADBRUCH, Gustavo, *Filosofía del Derecho*, Editorial Reus, Madrid, 2007.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- BALAUDE, Jean-François, *Instaurer Le Bien. La Problematique Philosophique de la Justice Dans L’Antiquité (Platon, Aristote, Épicure) en La Justice*, Vrin, Paris, 2007.
- CAPUTO, Leandro Javier, *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria*, Astrea, Buenos Aires, 2006.
- CARNAP, Rudolf, “Psychology in Physical Language”, en *Logical Positivism*, A.J. Ayer editor, The Free Press, New York, 1959.
- CORTINA ORTS, Adela, “Estudio preliminar” en KANT, Emmanuel, *Metafísica de las costumbres*, cuarta edición, Tecnos, Madrid, 2008.
- COSSIO, Carlos, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Editorial Los Andes, Buenos Aires, 2005.
- CRESPO, Mariano, “Estudio preliminar” en Adolf Reinach, *Los fundamentos a priori del Derecho civil*, Editorial Comares, Granada, 2010.
- DEL MAR, Maksymilian, “Introducción” en *New Waves in Philosophy of Law*, Palgrave, Macmillan, London, (edición electrónica de Amazon), 2011.
- DENNETT, Daniel C., *Consciousness Explained*, BackBoy Books, New York, 1991.
- DORTAL, Robert, “In Gadamer’s Neighborhood” en *Dialogues with Davidson. Acting, Interpreting, Understanding*, Edited by Jeff Malpas, The Mit Press, Cambridge, 2011.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2005.
- EDMONS, David, *Would You Kill the Fat Man? The Trolley Problem and What Your Answer Tells Us About Right and Wrong*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 2014.
- EGUSQUIZA, Alfredo, *Kant, su filosofía crítica y el Derecho*, Emecé, segunda edición, Buenos Aires, 1949.

- FARALLI, Carla, *La filosofía del Derecho contemporáneo*, Universidad Complutense, Madrid, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, Tomo 3, La sintaxis del Derecho, Editorial Trotta, Madrid, 2011.
- FERRONE, Vincenzo, *The Enlightenment. History of an Idea*, Princeton University Press, 2017.
- FINNIS, John, *Aquinas, Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998.
- FINNIS, John, *Ley natural y Derechos naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.
- FØLLESDAL, Daghinn, Prefacio en: VAN ORMANN QUINE, Willard, *Word and Object*, The Mitt Press, Cambridge, 2013.
- GADAMER, Hans-Georg, *Truth and Method*, Crossroad, New York, 1975.
- GILSON, Etienne, *El Tomismo. Introducción a la filosofía de Santo Tomás de Aquino*, Eunsa, cuarta edición corregida, Navarra, 2002.
- GLÜER, Kathrin, *Donald Davidson. A Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- GRAHAM, Paul, *The Principles of Justice Are Chosen Behind a Veil of Ignorance*, Oneworld, Oxford, 2007.
- HABERMAS, Jürgen, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.
- HARARI, Yuval Noah, *Sapiens A Brief History of Humankind*, Harper Collins Publishers, New York, 2015.
- HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.
- HIRSCHBERGER, Johannes, *Historia de la filosofía*, Tomo II, Herder, Barcelona, 1976.
- HÖSLE Vittorio, *A Short History of German Philosophy*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2017.
- IGLESIAS VILA, Marisa, “¿Es realmente superfluo el Derecho? Justicia, política e insularidad del razonamiento jurídico”. *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Estudio preliminar de Adela Cortina Orts, cuarta edición, Tecnos, Madrid, 2008.
- KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*. Segunda reimpresión. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- KENNY, Anthony, *Western Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 2012.
- KUNZ, Josef L., *La filosofía del Derecho, Latinoamericana en el Siglo XX*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1951.

- LACEY, Nicole, *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and The Noble Dream*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- LACHS, John, *Freedom and Limits*, Fordham University Press, New York, 2014.
- LASK, Emil, *Filosofía jurídica*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2008.
- LEITER, Brian, *Naturalismo y teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- LOCKE, John, *Carta sobre la tolerancia* con introducción de Pedro Bravo Gala, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966.
- MACCORMICK, Neil, *Instituciones del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- MARITAIN, Jacques, *Humanismo integral*, Biblioteca Palabra, Madrid, 1999.
- MARITAIN, Jacques, *Lecciones fundamentales de filosofía moral*, Club de Lectores, Buenos Aires, 1966.
- MARMOR, Andrei, *Philosophy of Law*, Princeton Foundations of Contemporary Philosophy, Princeton, 2011.
- MAZZARESE Tecla, en www.cervantes virtual.com
- MYTHEN, Gabe, *Ulrich Beck. A Critical Introduction to de Risk Society*, Pluto Press, London, 2004. Pos 60 y ss. Edición electrónica de Amazon Kindle.
- MURPHY, Mark C., *Philosophy of Law The fundamentals*. Blackwell, Malden, 2007.
- NAGEL, Thomas, *La última palabra*, Gedisa Editorial, Barcelona, 2000.
- NARVÁEZ MORA, Maribel, *Wittgenstein y la teoría del Derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- NAUKE, Wolfgang y HARZER, Regina, *Filosofía del Derecho. Conceptos básicos*, Astrea, Buenos Aires, 2008.
- OLASO, Luis María, *Derechos humanos. Pensamiento comunitario y otros temas*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1988.
- OPPETIT, Bruno, *Philosophie du Droit*, Dalloz, París, 1999.
- PEIRCE, Charles S., en *Filosofía norteamericana en el siglo veinte*, KURTZ, Paul, *Textos escogidos desde el pragmatismo hasta el análisis filosófico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1972.
- PEREIRA SÁEZ, Carolina, *La autoridad del Derecho. Un diálogo con John M. Finnis*, Editorial Comares, Granada, 2008, p. 223.
- PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel, *Los problemas de las teorías holistas del Derecho*, www.cervantes virtual.com.

- POLANSKY, Ronald, *Giving Justice Its Due in The Cambridge Companion to Aristotle's Nicomachean Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- PRIETO SANCHIZ, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2011.
- PUTNAM, Hilary, *Razón, verdad e historia*, Tecnos, Madrid, 2006.
- QUINE, Willard Van Orman, *Word and Object*, The Mit Press, Cambridge, 2013.
- QUINE, Willard Van Orman, *Quiddities An Intermittently Philosophical Dictionary*, Harvard University Press, Cambridge, 1987.
- RADBRUCH, Gustavo, *Filosofía del Derecho*, Editorial Reus, Madrid, 2007.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971.
- RAYNAUD, Philippe, *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, Paris, Puf, 1996.
- REESE-SCHAFER, Walter, en *Le dictionnaire des sciences humaines*, Puf, Presses Universitaires de France, 2006.
- REINACH, Adolf, *Los fundamentos a priori del Derecho civil*, Editorial Comares, Granada, 2010.
- RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio. *Los llamados actos intencionales en la consideración del filósofo de hoy*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Tecni-Ciencia Libros. Serie Estudios N° 112, Caracas, 2017.
- RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio, *Integración y orientación en la obra filosófica de Dworkin, Putnam y Hart: relación del filósofo y el jurista con el mundo de hoy*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Católica Andrés Bello, Serie Estudios, N° 110, Caracas, 2015.
- RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio, “El positivismo jurídico en la obra de Luigi Ferrajoli” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 151, Caracas, 2012.
- RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio, *Caminos de la filosofía jurídica actual*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 97, Caracas, 2011.
- RORTY, Richard, *Philosophy and The Mirror of Nature*, Princeton Classics, Princeton University Press, New Jersey, 2018.
- ROSS, Alf, *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977.
- SCHAUER, Frederick, *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2015.

- SCHLICK, Moritz, “The Foundation of Knowledge”, en *Logical Positivism*, A.J. Ayer editor, The Free Press, New York, 1959.
- SCHUMPETER, Joseph A., *History of Economic Analysis*, Oxford University Press, New York, 1954.
- SCRUTON, Roger, *Modern Philosophy*, Penguin Books, New York, 1996.
- SEN, Amartya, *La idea de la justicia*, Taurus, Madrid, 2009.
- SMITH CHURCHLAND, Patricia, *Foreword* en QUINE, Willard Van Orman, *Word and Object*, The Mit Press, Cambridge, 2013.
- SOWELL, Thomas, *The Quest for Cosmic Justice*, Touchstone Book, Simon and Schuster, New York, 1999.
- SPECTER, Matthew G., *Habermas. An Intellectual. Biography*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. <https://plato.stanford.edu/entries/logic>.
- THOMPSON, Michael, *Life and Action. Elementary Structures of Practice and Practical Thought*, Harvard University Press, Cambridge, 2008.
- VAN DER LIETH GARDNER, Anne, *An Artificial Intelligence. Approach to Legal Reasoning*, The Mit Press, Cambridge, 1987.
- VIGO, Rodolfo Luis, *Visión crítica de la historia de la filosofía del Derecho*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008.
- VIGO, Rodolfo Luis, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.
- WILLIAMS, Bernard, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, 1985.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Editorial Crítica, Barcelona, 2012.