
ARTHUR KAUFMANN
(Universidad de Munich)

Teoría de la justicia. Un ensayo histórico-problemático

I.

Las dos preguntas fundamentales de la filosofía del derecho son: 1.^a, *qué* es el derecho justo, y 2.^a, *cómo* lo reconocemos, es decir, cómo realizamos el derecho justo. Ambas convergen en la cuestión de la justicia como criterio valorativo del derecho positivo, ya que la justicia tiene que ser, por lo menos, medida valorativa, si no queremos caer en escepticismo estéril interpretándola —a la manera de Kelsen y Topitsch— como mera «fórmula vacía» o —a la de Luhman— como un vacío símbolo de buenas intenciones.

Durante mucho tiempo se creyó —y no pocos siguen creyéndolo todavía— que las preguntas por el *qué* de la justicia y el *cómo* de su conocimiento se podían plantear y contestar completamente separadas la una de la otra. El derecho justo —o sea, la justicia, fuera lo que fuese— se presentaba como un objeto sustancial que se opone (Gegen-stand) a nuestro pensamiento y ha de ser captado por el «sujeto» en su pura calidad de ser-en-sí, es decir, sin mezclarlo con ningún elemento subjetivo. Según este planteamiento, el problema del conocimiento se reduce a la simple reproducción del objeto en la conciencia. Tal fue el ideal de la ciencia en la época moderna, orientado por el modelo de las ciencias naturales exactas.

Pero la época moderna llegó a su fin y en la teoría de la ciencia se ha reconocido que el mundo no puede ser considerado y juzgado exclusivamente según criterios y categorías científico-naturales. Ni siquiera en el ámbito de las ciencias naturales son siempre posibles los resultados obje-

tivos. Esto vale todavía más para las ciencias comprensivas (*Verstehenswissenschaften*) —entre las que se encuentra la ciencia del derecho—; en ellas el esquema sujeto-objeto es erróneo desde el principio. En la ciencia del derecho —y más aún en la filosofía del derecho— no existen conocimientos que no hayan sido acuñados por quienes se ocupan del derecho, y también interviene siempre (aunque no sea el único) un aspecto creador: el «conocimiento» del derecho tiene siempre algo de «conformación» del derecho. Más claro aún: el derecho material-positivo, en su forma concreta (como es «dicho» principalmente por los tribunales) sólo surge en el proceso de realización del derecho. Antes, no existe derecho alguno en su forma real positiva. Tampoco la justicia existe más allá de los veredictos de justicia, que siempre —lo anticipo ya— contienen un momento racional y otro emocional. Desde esta perspectiva, el *cómo* de nuestro proceso de conocimiento y de nuestros juicios debe tener una importancia incomparablemente mayor que en el modelo sustancial-ontológico.

Si es cierto, no se puede hablar entonces con propiedad de un «derecho justo o correcto» sin tener en cuenta el «método del derecho justo o correcto». Sin embargo, para abordar nuestro problema tenemos que proceder paso a paso e ir por partes. Un conjunto sólo se comprende partiendo de sus elementos, pero también la parte sólo es comprensible si ya se ha comprendido previamente el conjunto global. Por eso, en mis notas preliminares he anticipado, en cierto modo, el resultado, de forma que el lector sepa en qué conjunto deben ir enmarcados los siguientes pasos de la discusión.

Empezaré presentando el problema de la justicia en su desarrollo histórico-problemático. Realmente, es un atrevimiento, porque no resulta empresa fácil pasar revista, en un breve resumen, a dos mil años de historia de la filosofía del derecho sin incurrir en un simple relato de banalidades. Sólo puedo intentarlo cristalizando características, tendencias típicas, sin pretender haber hecho justicia a Aristóteles, Kant, Hegel o Luhmann(1).

Pero ¿por qué una discusión «histórico-problemática»? Porque los conocimientos filosóficos —y también los de las ciencias del espíritu— nunca los consigue una sola persona por sí misma; sólo surgen en una comunicación que se produce continuamente a lo largo de la historia, de forma que sólo sin perspectiva puede tenerse la impresión de que se producen saltos. La filosofía del derecho, si no quiere proceder de una manera pu-

(1) Más detalladamente he tratado esto en: KAUFMANN/HASSEMER (eds.) *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, cuarta ed., 1985, pág. 23 y ss.

ramente especulativa, debe también atenerse a la experiencia; conocer y discutir ateniéndose, en cierto sentido, al *caso*. Pero el *caso* en la filosofía del derecho es su presencia en la historia. No me interesa, por tanto, la historia de la filosofía del derecho como tal, sino como historia de problemas; lo que nos mueve es un interés filosófico, no un interés histórico-filosófico ni científico-filosófico. No debe perderse de vista esto en lo sucesivo.

II

1. En los comienzos de la filosofía del derecho, en la *antigüedad* (2), encontramos —sobre todo en Anaximandro (*circa* 600 a.d.C.)— la idea de que ser y orden (hoy decimos ser y deber ser) forman una unidad. La existencia implica también el derecho de existir y el de ser así; una pretensión de autoafirmación de cada ser: Hay que dejar, por tanto, que los otros sean lo que son y como son (sólo mucho más tarde acuñó Cicerón, para referirse a esto, la fórmula del «*suum cuique*»). Es una visión estática, objetivista del mundo.

Pero poco más tarde Heráclito (*circa* 500 a.d.C.), quizás el *presocrático* (3) más importante, veía en el devenir, en lo evolutivo, el principio de todo lo vivo (el *slogan πάντα ρει*, todo fluye, probablemente no sea de él). Todas las cosas surgen de los opuestos y todo lo que sucede es regido por una ley universal, el logos. Se diferencia aquí por primera vez la justicia de la ley humana (*δικαιον νόμω*) de la justicia natural (*δικαιον φύτει*), marcando así el comienzo de una doctrina de la justicia y del derecho natural. Aunque ambas, ley y naturaleza, se consideren aún como una unidad esencial, el espíritu racional, al reconocerlas como diferenciables, estaba preparado para su posible separación.

Los *sofistas* (4) fueron todavía un poco más lejos que Heráclito. Para su exponente más importante, Protágoras (480-410 a.d.C.) (5), no sólo todo

(2) Obras básicas para ello son: Erik WOLF, *Griechisches Rechtsdenken*, 4 tomos, (tomo tres y cuatro en dos partes), 1950 y ss., ver también ADOMEIT, *Antike Denker über den Staat; Eine Einführung in die politische Philosophie*, 1982.

(3) Obra importante: DIELS/KRANZ, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, en griego y alemán, tres tomos, 10. edic., 1960/61.

(4) Acerca del derecho natural sofista (Aparte de Wolf, nota 2), H. WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.ª edic., 1962 (última edición 1980), pág. 12 y ss.; y A. VERDROSS, *Abendländische Rechtsphilosophie; Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau*, 2.ª edic., 1963, pág. 21 y ss.

(5) Lo relativo a Protágoras lo conocemos principalmente por el *Protágoras* y el *Teeteto* de PLATÓN.

fluye sino que todo es también relativo, pues no es el logos sino el hombre la medida de todas las cosas; concretamente el hombre empírico, no el hombre como persona ética (como más tarde, sobre todo, en Kant). A diferencia de los relativistas radicales (Gorgias, Trasímaco, Epicuro, Carneades y Calicles), Protágoras, con su concepto de *homo-mensura*, representaba un relativismo moderado. Ciertamente que también él negaba la verdad objetiva, pues la verdad es puesta en relación con el sujeto cognoscente y por consiguiente resulta relativa. Pero su relativismo no es individualista, sino colectivo: la opinión de la mayoría decide. El derecho válido es sólo la ley positiva fijada por acuerdo. La mayoría debe determinar lo que ha de ser considerado igual y desigual, pues éste es el principio supremo del derecho, que consiste en tratar lo que es igual de la misma manera y lo que es desigual de forma diferente.

¿Pero en qué se basa la mayoría para determinar sin arbitrariedad lo que es igual y lo que es desigual? Este problema central de la filosofía del derecho fue ya plenamente captado en la antigüedad griega. En el *Protágoras*, Platón pone en boca de Hippias las siguientes palabras: «A todos los que estáis aquí os considero lo mismo que si fuérais parientes cercanos, conciudadanos según la naturaleza, el semejante es pariente de su semejante; pero la ley (...) opone su coacción a la naturaleza. En cuanto a nosotros, sería vergonzoso, conociendo la naturaleza de las cosas, (...) no mostrarnos dignos de ella...» (6). Pero ¿qué es la «naturaleza del hombre» y la «naturaleza de las cosas»? Welzel opina que la imagen proteica de la naturaleza humana, en manos de cada iusnaturalista adquiere la forma que éste desea (7). Habría mucho que objetar a esta afirmación. Es indudable que la «naturaleza» en el sentido de la doctrina iusnaturalista no puede ser ninguna cosa sustancial que exista inmóvil en alguna parte por los siglos de los siglos y que tampoco representa una ley ética absoluta de la que se puedan deducir íntegramente normas correctas para la conducta humana (como todavía opinaba el tribunal federal alemán en la jurisprudencia de su primera época) (8). Frente a ello, se reconoció ya en la primitiva doctrina griega del derecho natural que «igualdad» y «naturaleza» son algo racional, no algo sustancial, sino una relación, en el sentido de que lo que es «igual» por naturaleza sólo se puede establecer «en relación con» determinados derechos. Al fin y al cabo, el problema de la igualdad es un problema de analogía, es decir, de una igualdad de rela-

(6) PLATÓN, *Protágoras*, 337.

(7) WELZEL, *Naturrecht*, (nota, 4), pág. 16.

(8) Por ejemplo, *Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Strafsachen*, Tomo VI, pág. 46 y ss.

ción (9). En la doctrina de la justicia de Aristóteles (en el libro quinto de su *Ética a Nicómaco*) esto queda demostrado con toda claridad. Antes, sin embargo, Sócrates (469-399 a.d.C.) consumó el cambio del pensamiento cosmológico al antropológico. Por una parte, no compartía ya la fe acrítica en una razón ética universal y, por otro, intentaba superar también el subjetivismo y relativismo de los sofistas. Perseguía avanzar hacia una esfera de verdad objetiva. El lema era profundizar hacia adentro: *γνωθι σαυτόν*, cónocete a tí mismo. La ley natural habita en el corazón del hombre; el alma le da al hombre la dimensión ética y esta dimensión permanece aunque la autoridad exterior esté en crisis. Fundó así Sócrates la doctrina iusnaturalista innatista, que luego encontró muchos seguidores: Cicerón, Pablo, Agustín...

Como Sócrates, también Platón (427-347 a.d.C.), fundador de la Academia de Atenas, buscaba contenidos que no proviniesen simplemente de opiniones subjetivas (*δόξα*), sino que representasen conocimientos de validez universal (*ἐπιστήμην*); contenidos intelectuales sustraídos a la inseguridad del mundo de los sentidos, que permanecieran eternamente invariables. Pero Platón, a diferencia de su maestro Sócrates, entreveía esta esfera de verdad libre de cualquier duda, no en el alma humana, sino en las ideas absolutas (*ιδέα ειδος*) verdaderos seres preexistentes a todos los fenómenos terrenales. También la idea del derecho, la justicia, era objeto de un conocimiento perfecto e invariable. Así llegó Platón a ser creador de la teoría de las ideas y especialmente de la filosofía objetivo-idealista, tal y cómo apareció repetidas veces —con diferentes modificaciones, naturalmente; piénsese en Hegel— en siglos posteriores. Además —como el idealismo objetivo de Hegel— también la doctrina iusnaturalista e idealista de Platón fundamentaba una teoría política extremadamente autoritaria. No podemos, sin embargo, detenernos ahora en esta cuestión.

La mayor influencia sobre el desarrollo posterior de la doctrina de la justicia y el derecho natural la tuvo Aristóteles (384-322 a.d.C.). Vinculó la teoría de las ideas de Platón con el concepto de naturaleza, llegando así a ser el fundador propiamente dicho de una doctrina iusnaturalista ideal. Naturaleza (*φύσις*) era para él siempre la forma perfecta de la realidad de un objeto. Lo natural, según Aristóteles, era en todo caso el mejor estado de una cosa (10), interpretando la naturaleza como valor, no como algo meramente empírico.

(9) Más en Arthur KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache"*; *Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Typus*, 2.ª edic., 1982, traducción al español de la 1.ª edición por Enrique Barros, 1976.

(10) ARISTÓTELES, *Política*, 1254a.

La distinción entre justicia natural y legal era evidente para Aristóteles. Al contrario que los antiguos, era sin embargo escéptico respecto de la perfección de las leyes y su infabilidad. Reconoció algo que los hombres de hoy tenemos que volver a aprender; que puede haber también leyes injustas, que deben ser corregidas mediante la equidad (*επιεικεια*). La seguridad jurídica, que Sócrates había convertido en absoluta, se reduce ahora a una media razonable.

En el quinto libro de la *Ética a Nicómaco*, Aristóteles desarrolla su doctrina de la justicia, que aun hoy constituye el punto de partida de todas las reflexiones serias sobre el problema. El núcleo de la justicia es la igualdad. Pero mientras filósofos posteriores, como Kant, entendieron la igualdad de un modo formal o numérico, (pagar con la misma moneda: ojo por ojo, diente por diente), Aristóteles la interpretó correctamente como igualdad proporcional, geométrica, analógica. «Lo igual», dice, «es un término medio entre lo demasidado y lo demasiado poco... Así como la igualdad es un término medio, también el derecho lo es... El derecho es por tanto algo proporcional... Pues lo proporcional es el término medio, y lo justo es lo proporcional» (11) (entre la penalización del asesino y la del ladrón debe existir la proporción correcta; por ejemplo, asesino/ladrón = cadena perpetua/un año de cárcel; de forma tal que justicia no quiere decir inevitablemente ejecución del asesino ni cortar la mano al ladrón). La proporción, sin embargo, requiere una medida análoga, un *tertium comparationis*. Aristóteles llama a este criterio «dignidad» (12). Está claro que con ello se aborda no solo el núcleo sino también toda la problemática, de la cuestión de la justicia.

Aristóteles distingue dos formas de justicia (13): 1.) la justicia conmutativa, es decir, la justicia entre los desiguales por naturaleza pero iguales ante la ley; dicho con otras palabras, la igualdad absoluta de rendimiento y recompensa entre los iguales ante la ley, y 2.) la justicia distributiva, en el sentido de la igualdad relativa al tratar a varias personas: la adjudicación de derechos y obligaciones según dignidad, capacidad, necesidad, es decir, el principio que más tarde Cicerón denominaría «*suum cuique tribuere*». La justicia distributiva es la forma primitiva de la justicia, ya que la justicia conmutativa del derecho privado presupone un acto público de justicia distributiva, por ejemplo la adjudicación de un determinado *status* como la capacidad jurídica o de contratación, y sobre todo la equi-

(11) ARISTOTELES, *Ética a Nicómano*, 1131a, 1131b, 1132a.

(12) ARISTOTELES, *Ética a Nicómano*, 1131b y ss.

(13) ARISTOTELES, *Ética a Nicómano*, 1130b ss.

paración de las personas participantes en asuntos jurídicos (o su no equiparación: por ejemplo, niños, menores de edad, mayores de edad, lo que a su vez implica, de nuevo, equiparaciones).

En cuanto a la *escuela estoica*, sólo podemos consignar aquí lo siguiente: el pensamiento filosófico sale del estrecho ámbito de las ciudades-estado y se convierte en razón universal; el contacto con el imperio romano dió su fruto. El derecho divino, para el que los estoicos utilizaron la denominación de «Nomos» —como luego se usó la de «Ius gentium», que no era derecho internacional en el sentido actual, sino derecho natural— existe por naturaleza para *todos* los hombres, independientemente de su condición de ciudadanos o extranjeros, libres, o esclavos. Se rechazó la esclavitud, ya que todos los hombres son libres por naturaleza (así, ya Crisipo 280-207 a.d.C., lo que supone un gigantesco avance respecto a la Edad Media, si se tiene en cuenta que todavía Tomás de Aquino sancionó la esclavitud como de derecho natural) (14). En resumen, la pregunta por el «derecho justo» tomó en la escuela estoica una orientación claramente subjetiva. No hay que buscarlo en el mundo exterior de la naturaleza cósmica ni tampoco en las ideas transcendentales, sino en el mundo interior del corazón (especialmente, Cicerón). Este cambio será de gran importancia para el desarrollo posterior de la teoría de la justicia y el derecho natural. Hasta que intervino la razón metódica constatando que el «derecho justo» no es algo que exista como un objeto en la «naturaleza», sino que se realiza mediante un proceso, tendrían que pasar aún muchos siglos.

2. La imagen del mundo y del hombre en la *Edad Media* era principalmente estática, objetivista, ontológico-sustancial. En *Agustín* (354-430) tenemos ya el orden jerárquico característico del derecho natural de la Edad media: en el lugar más alto se encuentra la «lex aeterna», respecto de la cual la «lex naturalis» aparece como una reproducción en la conciencia humana, diferenciándose de ella como la estampación en cera de un anillo se distingue del sello original. El tercer y último escalón es la «lex temporalis», mediante la cual el legislador humano decreta lo que durante un determinado periodo de tiempo es lícito e ilícito. Esta ley positiva sólo es válida si puede basarse en la «lex aeterna», las leyes injustas en realidad no son leyes, de la misma forma que los Estados sin justicia no son otra cosa que bandas de ladrones (15).

(14) Pero no, como muchas veces es interpretado equivocadamente, como derecho primario inalienable, sino sólo como derecho temporal secundario; ver Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie in Wandel*, 2.^a edic. 1984, pág. 7, con más documentación.

(15) S. AGUSTIN, *De civitate Dei*, IV, C 4.

Este orden jerárquico del derecho plantea además la cuestión totalmente decisiva del contenido de la «lex aeterna». Agustín lo remitió al orden de la creación, y durante mucho tiempo se aceptó esta respuesta. La fe cristiana determinaba en última instancia el contenido del derecho. En la alta Edad media, con *Tomás de Aquino* (1225-1274), el derecho natural cristiano conoció su mayor apogeo. Era también el apogeo del objetivismo y de la ontología sustancial. Tomás es el aristotélico por excelencia. Asumió y elaboró para el cristianismo la doctrina aristotélica de la justicia, entre otras, añadiendo a las dos versiones «clásicas» de la justicia, una tercera: la justicia de la ley o del bien común (16). Y mientras en Agustín todavía quedaba abierta la cuestión de si la «lex aeterna» provenía de la razón o de la voluntad de Dios —en caso de duda, Agustín era más bien voluntarista—, Tomás se decidió claramente en favor de la interpretación intelectualista (por lo que se le objetaba que su Dios carecía de voluntad). Según él, la «lex naturalis» no es la ley subjetiva del alma, sino una magnitud objetiva. Tomás adoptó el realismo aristotélico, para el cual los valores no están separados de la realidad, sino que ser y deber ser están vinculados (el famoso axioma escolástico *bonum et ens convertuntur*) (17). A ello hay que añadir la convicción de que el hombre está capacitado, por su razón, para captar intelectualmente el ser en su plenitud, aunque a menudo sólo lo logre de forma inadecuada e incompleta, pero estrictamente razonable y cierta. De esta manera, también la «lex naturalis» es la participación intelectual (no mediante la voluntad) de los seres dotados de razón en la ley universal; por un lado, es parte de la «lex aeterna», por otro manifiestación de la capacidad del juicio natural de la razón humana.

No podemos estudiar aquí cómo, según Tomás, la razón humana encuentra partiendo de lo natural la ley humana; como cabe distinguir una ley justa de una «legis corruptio» que no tiene fuerza obligatoria (18). Tomás trabaja con un conjunto de conclusiones y determinaciones cuyos resultados son tanto más contingentes en la medida en que es mayor la concreción. Cabe subrayar que según este «método escolástico», la ley positiva puede encontrarse de forma meramente deductiva, sin tener en cuenta la realidad empírica, y que por consiguiente es posible deducir el deber ser exclusivamente de otro deber ser superior —grandioso error del que, todavía en nuestro siglo, se puede ser víctima (¡Kelsen!). Pero en

(16) Ver S. TOMAS DE AQUINO, *Summa Theologica*, II, II, 58, 2 ss; 61, 1 ss.

(17) S. TOMAS DE AQUINO, *Summa Theologica*, I, II, 18, 1.

(18) Al menos básicamente. Para evitar oposiciones y confusiones sólo bajo ciertas condiciones está permitido obedecer a una «lex corrupta», aunque no si ésta está en contradicción con la «lex divina»; ver S. TOMAS DE AQUINO, *Summa Theologica*, I, II, 95.

realidad sí ha habido influencia empírica, sólo que pasó insensiblemente desapercibida a causa de la identificación entre valor y realidad (en nuestro siglo ha sido la total separación de ser y deber ser la causa del mismo engaño).

Sólo podemos esbozar aquí lo que todavía hoy debemos a la filosofía tomista en muchos aspectos. Las modernas doctrinas de la conciencia, del error de derecho disculpable, del delincuente por convicción, del derecho de resistencia, del tiranicidio, se basan en Tomás. El final de la escolástica empezó con *Guillermo de Ockham* (hacia 1300-1350), después de que ya *Juan Duns Scotto* (1266-1308) criticara agudamente el tomismo (19). Ockham ha pasado a la historia, sobre todo, por la renovación del nominalismo, aquella doctrina según la cual sólo existe lo individual, lo específico, pero no lo general. Consecuentemente, tampoco puede haber una ley natural realmente existente (tampoco en las ciencias naturales; lo que en estas se llaman «leyes naturales» son sólo generalizaciones científicas). Queda sólo sitio para una doctrina subjetivista («idealista») del derecho natural, que no interpreta el derecho como algo dado o al menos pre-dado, sino simplemente como un «producto de la teoría» (20). Claro está que un «derecho natural» de este tipo está supeditado sin remedio al derecho positivo, puesto; no tiene ninguna posibilidad de imponerse, por ejemplo, frente a una *lex corrupta*. El nominalismo siempre ha sido predecesor y acompañante del positivismo, de la doctrina del dominio absoluto de las leyes positivas.

La doctrina de Ockham preparó también el camino a la reforma de *Lutero* (1483-1546). Según Lutero, la naturaleza humana está totalmente perdida por el pecado original, de forma que para los humanos los mandamientos de Dios son «oscuros y completamente confusos». No existe ningún puente jurídico entre la «lex aeterna» y la «lex humana», entre el imperio de Dios y el de los hombres; sólo existe la ayuda de Dios a través de su gracia misericorde (21). EL «lumen naturale» se ha apagado, la época del derecho natural cristiano ha llegado a su fin.

3. Llegamos a la *época moderna*. El poderoso florecimiento de las ciencias naturales y el capitalismo incipiente significaban un cambio radical de la

(19) Más acerca de DUNS SCOTUS, H. WELZEL, *Naturrecht*, (nota 4), pág. 66 ss.; G. STRATENWERTH, *Die Naturrechtslehre des Johannes Duns Scotus*, 1951.

(20) Así K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, segunda edic. 1968, pág. 231.

(21) Ver A. KAUFMANN, *Gesetz und Evangelium* en *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, 1984, pág. 61 ss.

situación espiritual. René Descartes (1596-1650), el padre de la filosofía moderna, exigió una «clara et distincta perceptio» —y por tanto el giro de la filosofía «metafísica» a la «práctica»— para que así llegásemos a ser «domini et possessores naturae» (22). Esto significa una limitación radical a lo que es accesible al entendimiento abstrayente, descomponedor, analítico (a diferencia de la razón que, como instancia suprema del espíritu humano, pretende lograr la coherencia y unidad de saber). Por tanto, sólo la reducción de la actividad cognoscitiva a lo «racional» posibilita el dominio de la naturaleza (Francis Bacon: «Knowledge is power»). La razón sólo puede trabajar con lo que sea sensorialmente perceptible, lo empíricamente dado. Lo que sea supraempírico, metafísica —también las ideas, por tanto, y la idea del derecho— está fuera de su alcance. Así, no fueron tenidos en cuenta en esta época ilustrada la voluntad, sentimientos y vivencias de los hombres, siendo incluso excluidos como materia especulativa de la ciencia y la filosofía. Es claramente perceptible la influencia del empirismo inglés (David Hume, John Locke).

Lo dicho vale para la *filosofía del derecho del racionalismo*. La doctrina moderna de la justicia y el derecho natural choca abiertamente con el concepto racionalista de ciencia. En ella, la *ratio* no es sólo el medio de conocimiento del derecho justo, sino también su fuente. La *ratio* —la *ratio* humana!— da al hombre la ley natural. No existe logos ni ideas en sí, ninguna «lex aeterna»; no hay, como en la escolástica, ninguna verdad previamente dada (en ningún caso se volvió a argumentar partiendo de esta idea); el hombre depende por completo de sus fuerzas cognoscitivas. Ya no son la autoridad y la tradición las que deciden qué es «derecho justo», sino que sólo tiene validez lo que, racionalmente considerado, resulta «razonable». La filosofía del derecho se distancia de la teología y el derecho natural se seculariza.

En cuanto a la búsqueda del «derecho justo», se procedía según reglas académicas preguntando por la «naturaleza» del hombre —evidentemente, por la empírica, no por la metafísica—, averiguando como es lo humano puramente fáctico, para derivar de ahí al modo lógico los derechos y deberes «naturales» del hombre. Tales derechos y obligaciones —se creía— deberían tener, al igual que la razón permanente del hombre, un carácter universal, es decir, ser válidos para todas las épocas y para todos los hombres. No es de extrañar que casi todos los intentos de fundamentar un derecho natural absoluto de esta índole no pasaran de la elaboración de unos cuantos principios fundamentales y abstractos co-

(22) DESCARTES, *Discurso del Método*, VI, 62.

mo, por ejemplo, los mandatos de no hacer daño a nadie (la regla de oro «negativa»), cumplir los pactos, respetar la propiedad, considerar a los demás con los mismos derechos (el «*suum cuique*»), favorecer a los necesitados (la regla de oro «positiva»), etc. Pero hay divergencias importantes en la interpretación de la «naturaleza» del hombre: la de *Thomas Hobbes* (1588-1679) difiere de la de *Hugo Grotius* (1483-1546), cambia de nuevo en *Baruch Spinoza* (1632-1677), lo mismo que en *Samuel Pufendorf* (1632-1694), *Christian Thomasius* (1655-1728)... El hombre es interpretado ya como ser sociable, ya como insociable; otras veces aparece en su «insociable sociabilidad». No podemos valorar ahora todos estos fenómenos ni tampoco las influencias que sobre el derecho natural secularizado tuvieron el eudemonismo y el utilitarismo de *Bentham* (23), la monadología de *Leibniz*, el perfeccionismo ético de *Christian Wolff* y otras tendencias. El cronista debería prestar atención asimismo a los llamados códigos «iusnaturalistas» de los siglos XVIII y XIX (24).

Nos limitaremos a una sucinta constatación. Los juristas racionalistas de la época de la Ilustración estaban convencidos de que, a partir de unas pocas proposiciones mayores *a priori* (por ejemplo, «*pacta sunt servanda*») podían derivar todos los demás preceptos; sin tener en cuenta la realidad empírica, las circunstancias locales y temporales, porque así creían poder asegurar la validez universal del derecho natural para todas las épocas y para todos los hombres. En realidad, procedían de forma empírica, basándose en el derecho romano, cuya racionalidad elogiaban (era la época de la recepción). Sólo así pudieron surgir los códigos «iusnaturalistas».

El racionalismo había tensado demasiado arco. Fue despertando cada vez más el sentido de lo histórico y lo irracional. La época racionalista y la Ilustración fueron sustituidas por el Romanticismo y —en extraño paralelo con la última— el criticismo. Con ello llegaba también el final del derecho natural clásico y de la teoría clásica de la justicia.

Omitimos a *Carl Friedrich v. Savigny* (1779-1861), ya que si la *Escuela histórica* del derecho que él encabezara pudo rechazar el derecho natural racionalista con argumentos de hecho, fue refutada con argumentos cien-

(23) Con respecto al utilitarismo moderno, en especial al americano, en la filosofía del derecho, (Roscoe POUND, Lon L. FULLER, Oliver Wendell HOLMES y otros); ver: JULIUS STONE, *Human Law and Human Justice*, 1965, pág. 105 ss. Interesante es también, más recientemente Robert S. SUMMERS, *Instrumentalism and American Legal Theory*, 1982.

(24) Respecto a este tema ver sobre todo F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2.^a edic., 1967, pág. 322 y ss.

tíficos por el *criticismo* de Inmanuel Kant (1724-1804). Ciertamente Kant, en su tardía *Metafísica de las costumbres*, (1797), cuya primera parte plantea una filosofía del derecho, todavía defiende una posición iusnaturalista bastante acrítica y racionalista en aspectos esenciales (los neokantianos posteriores se lo han reprochado). Pero en sus Críticas, sobre todo en la *Crítica de la razón pura* de 1781 (2.^a ed. en 1787), forjó las más afiladas armas contra el derecho racional. Este derecho racional debería ser —recuérdese— en todo su contenido un producto de la razón —más concretamente, del intelecto— sin tener en cuenta la circunstancia de que la naturaleza humana empírica pudiera servir de punto de partida. La prueba de que ello no es posible la dio Kant.

También aquí, sólo un breve resumen (25). Todo nuestro conocimiento, según Kant, contiene dos elementos: la percepción y el concepto. La primera nos proporciona un objeto, el segundo lo piensa. «Las ideas sin contenidos son vacías, las percepciones sin conceptos ciegas». Percepción y concepto pueden ser «puros» o «empíricos» y figuran por consiguiente como *a priori* o *a posteriori*. Estamos ante lo primero si la idea no implica sensaciones. Pero «nuestra naturaleza no permite ninguna percepción que no sea sensorial». El intelecto no es capaz de una percepción (en el sentido de una percepción intelectual-espiritual), supone sólo «la capacidad de pensar el objeto de la percepción sensorial». No posee poder creador de conocimientos, sino sólo «la espontaneidad del conocimiento», es decir, la síntesis que lleva de la multiplicidad dada en la percepción sensorial al concepto. «El intelecto no tiene capacidad para percibir y los sentidos no la tienen para pensar». Por consiguiente, y esto es fundamental, «la percepción pura contiene meramente la *forma* mediante la cual se percibe algo y el concepto puro sólo la *forma* del pensamiento de un objeto». La *Crítica de la razón pura* se convierte así en una teoría trascendental de las formas. El intelecto no reconoce las cosas como son «en sí», sino sólo como «aparecen» a través de los sentidos; o sea, le son dadas sólo como objeto de los sentidos y de la experiencia. O dicho de otra manera: nuestro conocimiento material no es *a priori*, sino sólo *a posteriori*. Por consiguiente no puede haber contenidos de justicia *a priori*, no puede existir un derecho natural construido *more geometrico* según el modelo de las ciencias naturales exactas.

Sin embargo, Kant no es un filósofo del positivismo. En su doctrina de la autonomía ética del hombre recorre un camino completamente nue-

(25) Más acerca del tema: KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, Ed. de la Academia, pág. 50 y ss. Ed. B, pág. 74 y ss.

vo. Sustituye el problema ético-material objetivo, que había llenado toda la anterior doctrina del derecho natural, por el de la *moralidad subjetiva*. La autonomía ética del hombre se convierte en el principio del mundo moral. La persona ética —que no es el hombre empírico como parte del mundo de los sentidos, sino más bien «la humanidad en su persona»— es un fin en sí misma, no un medio para fines ajenos. Y el «cómo» del conocimiento ético lo resuelve Kant con su célebre «imperativo categórico»: «actúa de forma que la máxima de tu voluntad pueda siempre valer como principio de una legislación universal» (26). Dicho sea de paso, con este principio de la autonomía ética de la persona Kant ha contribuido de manera esencial a la fundamentación de los derechos humanos.

Welzel y algunos otros han reprochado a Kant un proceso circular: del «cómo», es decir, del imperativo categórico, deduce el «qué», es decir, los contenidos éticos materiales. Pero el reproche no es justo, ya que se basa en el error de que el «qué» se pueda manifestar libre del «cómo», lo cual es imposible. El círculo de Kant no es un círculo vicioso; en todo caso, no es posible evitarlo. Pero, el «qué» no surge simplemente del «cómo», como supone el funcionalismo (por ejemplo, Niklas Luhman). Ya en el proceso de realización del derecho, si realmente se quiere que de él resulte derecho, debe darse algo de «contenido jurídico» (27).

Dijimos que en su doctrina de la justicia Kant determinó la igualdad esencial de forma numérica: «si ha matado, debe morir; no cabe aquí otra forma de satisfacer la justicia» (28). En este sentido, Aristóteles estaba mucho más adelantado que Kant. Lo que la filosofía kantiana no ha tenido bien en cuenta es la indagación del ámbito de lo empírico, al que sin embargo adjudicaba los contenidos ético-materiales. Y por eso omitió, sobre todo, un aspecto que iba a tener una importancia fundamental para el siglo XIX y XX; el aspecto de la *historicidad* del hombre y, englobado en ella, de la historicidad del derecho. Así, Kant sólo demostró que no puede existir un derecho natural racional válido para todos los tiempos y todos los hombres, un derecho natural puro. La pregunta de si no es posible un «derecho natural histórico» que, sin tener validez general, pudiese establecer el orden debido en un determinado periodo de tiempo y para determinadas personas, queda sin respuesta.

(26) KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, edic. de la Academia, pág. 54.

(27) Ver Arthur KAUFMANN, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, 1984, pág. 65 ss., 89 ss.

(28) KANT, *Metaphysik der Sitten*, edic. de la Academia, pag. 322 ss.

El primero que reconoció el problema filosófico-histórico del derecho natural en toda su dimensión fue *Georg Friedrich Wilhelm Hegel* (1770-1831). Con él, el idealismo alemán —y también el derecho natural idealista— alcanzó su apogeo. Ya Platón, como es sabido, había desarrollado una filosofía y una doctrina del derecho natural idealista. Para Platón, sin embargo, la idea es una forma suprahistórica; por eso no pudo explicar por qué existía en la realidad empírica —que es proyección de la idea— devenir, cambio y fin. Lo genial en la concepción de Hegel es el hecho de que entendiese la ley del desarrollo como inherente a la misma idea en cuanto procedente del espíritu. Todo lo espiritual se realiza según un determinado esquema que progresa continuamente con la pauta de tesis, antítesis y síntesis, de acuerdo con la célebre dialéctica hegeliana. Es esencial que este desarrollo dialéctico no ha de realizarse según la oscura intervención del espíritu del pueblo (como en la Escuela histórica), sino de manera lógica y necesaria según la ley de la razón. Así, en Hegel también la historia es un despliegue de la razón, no un acontecimiento irracional. «La única idea», dice, «que aporta la filosofía es la idea sencilla de la razón, de que la razón domina al mundo y que también, por tanto, la historia universal se desarrolla de forma racional» (29). Mientras la Escuela histórica consideraba al pueblo como último valor, Hegel puso en su lugar algo completamente racional, o sea, el Estado. El Estado es para él el concepto más sublime, la realidad más perfecta, «la realidad de la idea ética» y con ello también el mayor valor jurídico (30).

Estado y razón ética, Estado y derecho forman una unidad. La filosofía de Hegel es la filosofía de la identidad. Sólo existe un Estado y un derecho; junto al Estado real no existe otro de carácter ideal, como junto al derecho positivo no hay otro natural; ambas cosas son idénticas. No es casual que sea precisamente en la filosofía del derecho de Hegel (31), donde se pueda leer la famosa sentencia «Lo que es racional es real y lo que es real es racional». Naturalmente, Hegel no quiere acreditar todo lo existente como racional. Pero en su intento de crear una unidad entre la universalidad y la individualidad, entre la ética objetiva y la convicción subjetiva, es decir, en su intento de reducir todo a un principio, a la idea, al espíritu objetivo, en buena medida acabó perdiendo la realidad. En modo alguno el Estado es *a priori* «la realidad de la idea ética» y sus leyes no son en absoluto de modo necesario el derecho auténtico de la razón, cuyo cumplimiento implicaría libertad y autorrealización.

(29) HEGEL, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, Einleitung*, (edic. Suhrkamp, 12).

(30) HEGEL, *Grundlinien der Philosophie der Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, § 257, (Ed. Suhrkamp, t. 7. p. 398).

(31) HEGEL, *Philosophie des Rechts*, (nota 29), *Vorrede* (prólogo), pág. 24.

De esta manera, la reacción, la concepción materialista de la historia de *Karl Marx* (1818-1883) y *Friedrich Engels* (1820-1895) no se hizo esperar. Para Marx, Hegel había puesto cabeza abajo el modo de acción y por tanto a su dialéctica había que «darle la vuelta»: el ser no depende de la conciencia (de la idea), sino al revés, la conciencia depende del ser, más concretamente de las relaciones de producción reales (32). Con el cambio de los fundamentos económicos como base, se transforma más lenta o rápidamente toda la enorme superestructura, las «ideologías». También el derecho (como la moral y la religión) pertenece a esta superestructura ideológica; carece de autonomía, no es otra cosa que la «voluntad de la clase dominante convertida en ley», cuyo contenido a su vez viene dado «por las condiciones materiales de vida» de dicha clase. El desarrollo del derecho va, pues, unido a la lucha de clases, pero el final de la lucha de clases será la «dictadura del proletariado» y el comienzo de una «sociedad sin clases». En ésta, Estado y derecho se harán superfluos y se «extinguirán» por sí mismos.

Los seguidores, sobre todo Stalin, abandonaron la tesis ortodoxa de la «extinción» del Estado y del derecho, adjudicándole al derecho un papel autónomo y activo capaz de transformar la sociedad. De esta forma, el derecho fue restituido en sus funciones —en realidad, nunca había sido desposeído de ellas. Pero el derecho socialista no es en absoluto el derecho de una sociedad sin clases. Lo que es el derecho lo «dictamina con su inteligencia colectiva el partido comunista, es decir, un comité central» (33), más concretamente el politburo. La «legalidad socialista» de que tanto se habla y escribe no es a fin de cuentas más que la expresión del papel dirigente dictatorial del partido y por tanto del Estado, ya que ambos forman una unidad. Hegel había partido de una orientación unilateral de lo ideal para llegar a una absolutización del Estado, el marxismo llega al mismo resultado desde una orientación unilateral a lo material. Sólo en el siglo XX se comprobó esto en la práctica.

El siglo XIX, por el contrario, estuvo bajo el signo del *positivismo jurídico*. Este fue una reacción obligada ante la arbitrariedad en la jurisprudencia, y la subsiguiente inseguridad jurídica, provocada por el pensamiento jurídico racionalista. La cabeza dirigente a comienzos de siglo era *Paul Jo-*

(32) MARX, MEW XIII, pág. 8.

(33) M.S. SELEKTOR, en: *Philosophie und Gesellschaft*, pág. 355 ss.; cit. según WELZEL, *Naturrecht* (nota 4), pág. 200. Ver también H. KLENNER, *Der Marxismus-Leninismus über das Wesen des Rechts*, 1954.

bann Anselm V. Feuerbach (1775-1833) (34). Como crítico experto en la filosofía de Kant, le preocupaba el problema de si existían derechos naturales subjetivos —rechazaba la posibilidad del derecho natural objetivo— que pudieran ser fundamentados por la razón (la cuestión de un «derecho natural histórico» seguía abierta en él) (35). El resultado de sus investigaciones puede resumirse brevemente así: 1. existen derechos subjetivos del hombre que no son enanejables, ya que son consecuencia de su autonomía ética (o sea, más o menos lo que hoy llamamos derechos humanos); 2. criterio esencial e irrenunciable de todo derecho objetivo es su positividad. Con esta segunda idea, Feuerbach exige (como antes Montesquieu) que el juez esté sujeto a la «estricta y desnuda letra de la ley» (36); el juez sólo ha de aplicar la ley, no disponer de ella —Feuerbach fue tan lejos que incluso se pronunció en favor de una prohibición de la interpretación. Ciertamente, tenemos que añadir que Feuerbach no exigía un cumplimiento de la ley a toda costa: la «desobediencia judicial» era un deber sagrado para el juez, en el caso de que la «obediencia fuese infidelidad a la justicia, a cuyo exclusivo servicio se debe» (37); es decir, no cabe compromiso alguno con la «injusticia legal» (Radbruch).

El «positivismo» de Feuerbach contiene, por tanto, una cláusula salvadora. Ciertamente es, como dice Wieacker, un positivismo «científico» o «legítimo» (38), orientado a valores —justicia, eticidad, eficacia— pero que, por lo menos como regla general, no hace depender la validez de la ley del hecho de que su contenido coincida con ellos. Para el positivismo, ante todo, es válida toda ley que se haya producido en la forma prevista. Recuerda uno de inmediato a Kant. Sólo la forma es dada *a priori*, no el contenido. Dada la incapacidad del intelecto para captar la «materia en sí», también el «derecho en sí», el derecho natural, en todo su contenido será para nosotros incognoscible. El «derecho justo» sólo puede existir como categoría de nuestro intelecto; sólo —como lo formuló el neokantiano Rudolf Stammler (1856-1938)— como «forma pura del

(34) Sobre todo G. RADBRUCH, *Paul Johann Anselm Feuerbach; Ein Juristenleben*, 3.ª edición 1969.

(35) FEUERBACH, *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik, zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, 1976; ver (con más documentación) Arthur KAUFMANN, *Paul Johann Anselm v. Feuerbach — Jurist des Kritizismus*, en: *Festschrift für M. Spindler*, 1984, tomo III, pág. 181 ss.

(36) FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten*, 1804, II, pág. 20.

(37) FEUERBACH, *Die hohe Würde des Richteramts*, 181777. Ver Arthur KAUFMANN, *Paul Johann Anselm v. Feuerbach: "Die hohe Würde des Richteramts"*, en: *Festschrift für K. Larenz zum 80. Geburtstag*, 1983, pág. 319 ss.

(38) WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, (nota 24), pág. 430 ss.

pensamiento»; un «método formal», únicamente una interrogación que se dirige «a la calidad fundamental de un contenido jurídico dado» (39). Un «derecho natural», según Stammler, sólo es posible con un «contenido variable».

Sólo podemos mencionar brevemente aquí el papel que tuvieron el *empirismo inglés* (Francis Bacon (1561-1626), John Locke (1632-1704), David Hume (1711-1776) y la *filosofía francesa moderna* (René Descartes (1596-1650) y Augusto Comte (1798-1857)), que dio a toda la tendencia el nombre de «positivismo», en el desarrollo de la filosofía del derecho y de la teoría de la justicia del siglo XIX. En el fondo, no se trataba ya de una filosofía del derecho, sino sólo de una *teoría general del derecho*, que se limitaba a elaborar conceptos fundamentales apriorísticos (por ejemplo, relación jurídica, ser jurídico, norma jurídica) y las estructuras básicas (casualidad, validez, sistema), rechazando como especulativa toda fundamentación filosófico-jurídica del derecho. En este sentido procedieron sobre todo Adolf Merkel (1836-1896), Karl Binding (1841-1920), Ernest-Rudolf Bierling (1843-1919), Karl Bergbohm (1849-1927) y Felix Somló (1873-1920).

Del brazo de la teoría jurídica positivista, iba la *metodología positivista*. El jurista sólo tenía que «subsumir» bajo la ley; se limitaba a coordinar dos magnitudes objetivas —la ley y el caso— manteniendo su persona fuera de juego. Es una concepción objetivista del conocimiento, con el esquema sujeto-objeto propio de la cultura «pura». Consecuentemente, el juez, al interpretar la ley, había de atenerse a la voluntad del legislador histórico, no al «sentido» autónomo de la ley, pues si el mismo juez postulara este «sentido» se pondría a sí mismo por encima de la ley. Ya *Friedrich Carl v. Savigny*, fundador de la metodología moderna (40), se declaró partidario de esta doctrina de la interpretación «subjetiva», y todos los positivistas ortodoxos posteriores a él le siguieron (por ejemplo, el joven Rudolf v. Ihering y Bernhard Windscheid).

En el transcurso del desarrollo posterior se fue abandonando el punto de partida del positivismo «legítimo», según el cual el legislador ha de promulgar leyes cualitativas buenas, es decir, justas y éticas y, como todavía predicaba Feuerbach, una *lex corrupta* no tiene validez. Así, Karl Bergbohm declaró, a finales de siglo y con fatales consecuencias, que «debe-

(39) R. STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 2.ª edición 1926, pág. 94, 51: STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 2.ª edición.

(40) Ver F.C.v. SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, (Kollegnachschrift de Jakob Grimm). ed. G. WESENBERG, 1951.

mos reconocer incluso la ley más vil, en tanto que se haya producido formalmente de modo correcto» (41). De forma parecida se pronunció Felix Somló afirmando que el poder jurídico podría estipular cualquier contenido jurídico; otros muchos, como por ejemplo Paul Guggenheim y Hans Kelsen, podrían citarse en este mismo sentido.

Las consecuencias de la decadencia ética del positivismo son conocidas. Durante la época del nacional-socialismo se decretaron leyes realmente «viles», «amorales», «criminales», y no hubo resistencia significativa (42) por parte de una generación de juristas formados en la escuela positivista.

Así, no sólo encontramos cerrado el acceso al derecho natural clásico, sino que tampoco existe hoy posibilidad alguna de regresar al positivismo legalista. Sólo cabe ya una posición más allá del derecho natural y del positivismo. Pero esto es muy fácil de decir pero difícil de llevar a la práctica.

III.

El «renacimiento del derecho natural» de los primeros años de la *postguerra*, comprensible y explicable desde las necesidades jurídicas de aquella época, es ya un episodio. No es necesario explicarlo más detalladamente (43). Un papel decisivo en el camino hacia la filosofía del derecho de la segunda mitad de nuestro siglo lo juega *Gustav Radbruch* (1878-1949). Sus biógrafos suelen constatar que Gustav Radbruch, en su primera época, fue positivista, mientras que en su vejez evolucionó hacia el derecho natural. Se pueden documentar ambas circunstancias, pero tomándolas *cum grano salis*.

Es cierto que Radbruch sostuvo que, para preservar la seguridad jurídica, el juez debe cumplir la ley incluso en el caso de que su conciencia la rechace (44). Pero ya desde un principio el concepto de derecho de Radbruch era «valorativo» y por consiguiente no positivista: «derecho es

(41) K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, tomo I, 1982, (reimpresión 1973), pág. 144 ss.

(42) Con detalles y amplia bibliografía: Arthur KAUFMANN, *Rechtsaphilosophie und Nationalsozialismus*, en: «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», Beiheft n.º 18 (suplemento), 1983, pág. 19 ss.

(43) Un resumen de los aspectos más importantes en Arthur KAUFMANN, *Einführung* (nota 1), pág. 79 ss.

(44) Ver RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 8.ª (póstuma) edición 1973, pág. 178.

aquella realidad que tiene como sentido servir a la justicia» (45). Así, tras cien años de mera teoría general del derecho, (Radbruch la denominó «eutanasia de la filosofía del derecho» (46)), volvía a postularse de nuevo una filosofía de la justicia.

A partir de esa definición del derecho, Radbruch estaba predestinado a desarrollar una doctrina *material* de la justicia. Aquí sólo podemos esbozarla en pocas palabras (47). Parte del hecho de que el principio de la igualdad (tratar lo que es igual de forma igual y lo que no es igual de forma diferente) es válido en un sentido absoluto, pero sólo tiene carácter formal. Por tanto, habrá que añadir un principio material, la idea de finalidad: ésta es material, pero sólo tiene validez relativa, ya que existen tres valores supremos del derecho, sin orden o rango racionalmente constatable: el valor individual, el supraindividual y el transpersonal. Para preservar la seguridad jurídica es preciso fijar el contenido del derecho de forma autoritaria. Pero de nuevo es imposible calificar de positivista la doctrina de Radbruch, ya que el derecho es determinado por valores, aunque sea pagando el precio del relativismo; y tampoco es iusnaturalista, ya que el «derecho absolutamente justo» no puede ser deducido de la idea del derecho. En cuanto a ésta, queda abierto en Radbruch qué hay que entender por tal: ¿una condición trascendental, un principio racional, un axioma, una hipótesis?

Radbruch sobrevaloró en su primera época la seguridad jurídica, exagerando el aspecto positivista del derecho, su positividad. Cuando en la vejez comprobó el pecado original del positivismo, no tuvo que «cambiar la sustancia de sus anteriores planteamientos sino más bien cambiar los acentos, sacar a plena luz lo que antes estaba en la sombra» (48), como confesó poco antes de su muerte en el epílogo a la tercera edición de la *Kulturlehre des Sozialismus* (1949). Como es sabido, Radbruch con este «cambio de acento» reencontró la doctrina aristotélica, según la cual la «injusticia legal» no vincula, debiendo ocupar su lugar el «derecho supralegal» (49). Pero ¿cuáles son los criterios de este «derecho supralegal»? Las reflexiones que Radbruch hiciera al respecto se fueron con él a la tumba.

(45) RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (nota 44), pág. 123.

(46) *Loc. cit.* (nota 44), pág. 110.

(47) *Loc. cit.* (nota 44), págs. 87 ss., 93 ss., 119 ss., 142 ss., 164.

(48) RADBRUCH, *Kulturlehre des Sozialismus*, 4.ª edición 1970 (ed. Arthur KAUFMANN) pág. 79.

(49) RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, en: *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, pág. 105 ss. (también en: *Rechtsphilosophie* (nota 44), pág. 339 ss.).

Radbruch sólo superó el positivismo ortodoxo en la medida en que profesó la teoría «objetiva» de la interpretación. Lo mismo hicieron, por ejemplo, Josef Kohler y Wilhelm Sauer. Para ellos, no es decisivo lo que el legislador ha pretendido realmente, sino más bien lo que la ley razonablemente tiene que perseguir para una situación concreta *hic et nunc*. El dogma positivista según el cual el juez sólo ha de atenerse a la voluntad del legislador reflejada en la ley, sólo sería realizable si el derecho fuese un todo sin lagunas. Que no es así se reconoció pronto es hoy una evidencia. Sin embargo, los juristas positivistas tropezaron con grandes dificultades ante el problema de las lagunas. La *jurisprudencia de conceptos* (Georg Friedrich Puchta, 1798-1846, Bernhard Windscheid 1817-1892, el joven Rudolf v. Ihering 1818-1892); la *jurisprudencia de intereses* (inspirada por el último Ihering y luego por Philipp Heck 1858-1943, Heinrich Stoll 1891-1937, Rudolf Müller-Erbach 1874-1959), el *movimiento del derecho libre* (Hermann Kantorowicz 1877-1940, Eugen Ehrlich 1862-1922, Ernst Fuchs 1864-1920) y también la *jurisprudencia sociológica* (Max Weber 1864-1920, Franz Jerusalem 1883-1970), representaban en el fondo, si se me permite simplificar, sólo intentos de curar esa debilidad positivista desde dentro del sistema. No podemos dejar constancia ahora de hasta qué punto se haya conseguido (50).

En todo caso, estos esfuerzos legaban la prosaica, y tal vez angustiosa, conclusión de que el conocimiento jurídico nunca sería el mero conocimiento de un objeto, sino que la persona que busca el derecho está siempre involucrada en el proceso de su realización. Ciertamente, no sería razonable echar por la borda, a causa de ese resultado, las teorías jurídicas formales. Ningún filósofo del derecho serio puede ignorar la *lógica jurídica* (Karl Englich, nacido en 1899, Ulrich Klug, nacido en 1913, Ilmar Tammelo 1917-1982), la *teoría normativa del derecho* —que tuvo su expresión más profunda en la «teoría pura del derecho» de Hans Kehlen (1891-1983)— ni tampoco la *teoría analítica del derecho* (H.A.L. Hart, nacido en 1907, Alf Ross, nacido en 1899, Georg Henrik von Wright, nacido en 1916). Pero son insuficientes para elaborar una teoría de la justicia. No hay duda de ello, aunque algunos opinen que no cabe realmente fundamentar con medios científicos una teoría material de la justicia. Por tanto, nuestras conclusiones estarán dedicadas a la cuestión de si en la actual filosofía del derecho se ven posibilidades de solucionar el problema de la justicia, y cuáles serían.

(50) Ver K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5.ª edición, 1983, pág. 19 ss., 36 ss.

IV.

La certeza de que el esquema sujeto-objeto no tiene ningún valor para las ciencias *comprehensivas* (a diferencia de lo que ocurre con las ciencias naturales *aclarativas*) fue tomada en serio por primera vez por la filosofía hermenéutica (51) —Friedrich Ernst Daniel Schleiermacher (1786-1843), Wilhelm Dilthey (1833-1911), Martin Heidegger (1889-1976), Hans-Georg Gadamer (nacido en 1900), Jürgen Habermas (nacido en 1929). Se constató así un hecho importante; la captación de un sentido lingüístico supone al mismo tiempo y ante todo una autocomprensión del mismo sujeto que lo comprende. Quien realiza el acto de la comprensión se adentra en un horizonte cognoscitivo; de ahí que la reflexión metodológica no deba limitarse al «objeto», sino que ha de integrar al «sujeto». El derecho (a diferencia de la ley) no es una situación sino un acto, y no puede, por tanto, ser «objeto» de un conocimiento independiente del «sujeto». El derecho es más bien «producto» de un proceso hermenéutico de despliegue y realización de sentido. Por lo tanto, no puede existir en modo alguno «una actitud objetiva» del derecho al margen del procedimiento hermenéutico de su fijación. El juez que cree recibir sus criterios de decisión sólo de la ley («sometido exclusivamente a la ley») sucumbe a un fatal engaño, ya que inconscientemente sigue dependiendo de sí mismo.

La comprensión hermenéutica de un texto no es, pues, algo meramente receptivo, sino un actuar práctico, conformador. Sólo a través de tal actuar se realiza el derecho concreto, histórico. Antes no existe «derecho» ni ningún «contenido de hecho», sino más bien «materiales en bruto»: por una parte, una serie de normas legales abstractas que —a consecuencia de su abstracción— no son aún aplicables; y por otra, un conglomerado de hechos desordenados, sin relacionar aún con determinados puntos de vista jurídicas y, como consecuencia, todavía no escindidos en relevante e irrelevantes. Lo que tradicionalmente se viene llamando «subsunción» no implica ningún problema, cuando ya se han fijado las premisas. Lo decisivo es establecerlas en su mutua correspondencia. Karl Engisch habla de una «continua influencia mutua», de un «ir» y «venir de la mirada» entre contenido de hecho y norma (52), es decir: elaborar concretas proposiciones jurídicas en relación con el contenido de hecho, y construir los contenidos de hecho en relación con la norma Wolfgang Fi-

(51) Ver W. HASSEMER (ed), *Dimensionen der Hermeneutik*; Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag, 1984.

(52) Ver K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3.ª edic., 163, pág. 15.

kentscher, al hablar de la construcción de una «norma del caso» en la que habría que subsumirlo, no dice nada esencialmente diverso (53).

Con todo esto no se está apoyando en absoluto un subjetivismo judicial; se pretende cobrar más bien conciencia de aspectos subjetivos de la actividad judicial, presentes siempre en ella, aunque las más de las veces de un modo oculto, integrándolos así en el contexto argumentativo. No existe una rectitud del derecho al margen del procedimiento de decisión, sino que ha de alcanzarse en este mismo procedimiento: a través de la reflexión y la argumentación, mediante la intersubjetividad y el consenso de los implicados.

En este punto se pone de relieve que la hermenéutica no puede por sí sola ser suficiente para desarrollar una teoría material de la justicia. La hermenéutica enumera sólo las condiciones trascendentales de la captación de un sentido lingüístico, y nada más. El problema de en qué medida se corresponde en realidad el «qué» de la justicia con el «cómo», requiere reflexiones de otro orden.

Si el «qué» se explica simplemente como una consecuencia del «cómo» —tal y como ocurre, sobre todo, en la teoría sistemática de Niklas Luhmann— se llega a un callejón sin salida. Según Luhmann, la legitimación del derecho no se produce sólo *en* el procedimiento, sino *por medio de* éste. Sólo importa la funcionalidad del derecho —que el procedimiento jurídico «funcione»— no la rectitud de los contenidos. No se menoscabarían los méritos de Luhmann al afirmar que su doctrina significa en realidad la abdicación de toda auténtica teoría de la justicia.

Las recientes propuestas de teorías de la justicia se orientan cada vez más hacia el modelo de una «situación ideal de diálogo», o de un «discurso ideal» (54), planteado por Jürgen Habermas. Chaim Perelman (1912-1983), por ejemplo, recurre al «auditorio universal», Ilmar Tammelo al «foro de la razón» (55). El punto de partida es la constatación, hoy apenas discutible, de que los juicios sobre la justicia no pueden obtenerse de un modo

(53) W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, 4 tomos, 1977, pág. 129 ss., sobre todo pág. 202 ss.

(54) Ver sobre todo J. HABERMAS, en: HABERMAS/LUHMAN, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, 1971, pág. 101 ss., especialmente pág. 136 ss.; HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, tomo I, 1981, pág. 25 ss., especialmente pág. 44 ss.

(55) Ch. PERELMAN, *Über die Gerechtigkeit*, 1967, pág. 149 ss; *cfr.* también del mismo, *Das Reich der Rhetorik; Rhetorik und Argumentation*, 1980; I. TAMMELO, *Theorie der Gerechtigkeit*, 1977, págs. 99 ss.; también del mismo, *Zur Philosophie der Gerechtigkeit*, 1982.

racional puro, sino que más bien están sujetos también a elementos emocionales. Desde esta perspectiva resulta evidente que las condiciones óptimas para un juicio sobre la justicia correcto se dan únicamente en el discurso. Si los juicios sobre la justicia se pudiesen obtener de un modo puramente racional, estarían al alcance de una persona individual; al tener, sin embargo, a la vez un contenido emocional, se hace necesario concretar tal elemento a través de una intersubjetivación.

Los representantes de esta corriente —entre los que me cuento (56)— parten de la base de que en un «discurso ideal» los juicios individuales de las partes que argumentan, en la mayoría de los casos llevan a un acuerdo; suponiendo naturalmente que sólo se admitan interlocutores «sin prejuicios», «honrados», «competentes», «concienciados», «razonables». A la objeción de que ese tipo ideal de «foro de la razón» no existe, se puede responder que hay que acercarse por lo menos en lo posible a este ideal. Más grave es el problema de cómo cabría determinar sin arbitrariedades quién es «competente», «experto», «razonable», etc. ¿Cómo pueden comprobarse estas cualidades? Tal vez quepa encontrar una solución para ello que se muestre útil en la práctica. La cuestión más importante, sin embargo, sería cómo saber que nos encontramos ante un discurso sobre la justicia y no —permítaseme el *argumentum ad absurdum*— sobre el manejo de las motocicletas o, absurdos aparte, sobre normas no de justicia sino morales. Una condición trascendental de todo discurso racional es que éste se base en un objeto idéntico (en una continuidad temática). De ahí surge una pregunta: ¿cabría, pues, partiendo sólo del «cómo» llegar al «qué», del que se está tratando propiamente?

En este punto, deberíamos señalar los resultados a que han llegado las más recientes teorías de la justicia, y también, qué contenidos, habían introducido previamente en su discurso. Ambas cosas, presupuesto y resultado, no se pueden separar fácilmente. Un tema concreto sólo cristaliza en el discurso, lo mismo que ocurre con el objeto del pleito en el proceso judicial. Esto daría materia para otro trabajo. Pero echemos al menos un breve vistazo al intento de *John Rawls* (nacido en 1921) (57), que ha llamado bastante la atención. Este autor intenta elaborar principios de «justicia como *fairness*», remontándose a la teoría del (ficticio) contrato

(56) He formulado las condiciones esenciales del discurso en mi trabajo titulado *Gedanken zur Überwindung des rechtsphilosophischen Relativismus*, en «Archiv für Recht- und Sozialphilosophie» (1960), págs. 533 ss., si bien no según esta denominación (yo hablaba de modelo de convergencia) y también de modo insuficiente en algunos puntos.

(57) J. RAWLS, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1975; del mismo, *Gerechtigkeit al Fairness*, (Ed. O. Höffe), 1977.

social (¡Rousseau!) y en confrontación con las corrientes utilitaristas actuales. Ciertamente tales principios no son novedosos: igual derecho a las libertades fundamentales, compensación de las desigualdades naturales, igualdad de oportunidades, justicia procesal, autoestima y respeto hacia los demás, libertad de conciencia, buena fe en el cumplimiento de los contratos, etc. Postulados precidos encontramos, por ejemplo, en *Tammelo y Perelman* (58). Como hemos dicho, nada de esto es fundamentalmente nuevo. Pero tal vez sea realmente decisivo que traten precisamente de derechos humanos y deberes, que se han defendido, aunque no sin contratiempos ni errores, durante siglos. Sin embargo, hay que añadir que sólo en su formulación abstracta tienen un cierto carácter perenne; tan pronto como se concretan se convierten en históricos.

Cabría ya con razón esperar una pista sobre cómo proseguir, aunque admitiéramos la posibilidad de que no haya nadie que pueda responder a tales preguntas. Aquí sólo nos será posible esbozar un intento de respuesta. El pensamiento de la filosofía occidental, desde la metafísica griega del ser hasta el pasado inmediato, tiende a un pensamiento sustancial-ontológico cosificado, orientado hacia un objeto concebido como enfrentado al sujeto cognoscente. También la persona aparece como una «res», una cosa, un objeto situado frente a quien lo conoce. Lo mismo ocurre con el derecho, al que se pretende cosificar en la «naturaleza» —sea lo que sea lo que se entienda por tal—. Es hoy *communis opinio*, que tal pensamiento no resulta adecuado, al menos para realidades inmateriales —como la persona o el derecho—, porque puede llevar a hacerlas rígidas y petrificarlas a través de esa «ontologización». Sin embargo, sería una equivocación rechazar por ello la ontología en general.

A partir de Kant gana terreno la opinión de que la persona no es sólo objeto, sino al mismo tiempo, y de forma esencial *relación*. El hombre, como «ente parlante», se ve remitido a otros, cuyos horizontes de comprensión se integran en el suyo propio. Es decir, al prójimo no lo puedo subsumir en el ámbito de lo objetivo, sino que forma conmigo un ámbito social-espiritual que resulta constitutivo de mi propia existencia como persona. Para el pensamiento personalista, la persona es lo contrario de ser codificado. De esta constatación deriva la necesidad del cambio de una ontología sustancial a otra relacional (u ontología estructural [59]).

(58) Vd. nota 55. K. LARENZ, *Richtiges Recht; Grundzüge einer Rechtsethik*, 1979, el cual limita la cuestión sobre el «richtiges Recht» a destacar tales principios fundamentales del derecho. Larenz tendría que integrar su «Methodenlehre» (nota 50) en la doctrina del «richtiges Recht».

(59) Cfr. H. ROMBACH, *Strukturontologie*, 1971, el cual va en verdad y en parte por otros

El concepto de *relación* significa que para un ser resulta constitutiva su relación con otros seres. Pone el acento sobre ese estar-constituido-con. Esto es lo que diferencia precisamente al pensamiento relacional del funcionalismo, que integra a los seres completamente en el conjunto de sus relaciones. Para el funcionalismo no existe ya ninguna polaridad entre lo que está relacionado y la relación misma; queda sólo la relación como tal, que se independiza así hasta aparecer igualmente, como una nueva forma de sustancia. La consecuencia ineludible es que los seres se hacen completamente sustituibles. En la teoría sistémica de Niklas Luhmann resulta especialmente evidente esta consecuencia del funcionalismo en lo que al derecho se refiere. Como ya esbozamos antes, su tema principal es lograr un funcionamiento del sistema sin fricciones. Esto, por una parte, exige que los valores —por tanto, también la justicia— pierdan toda función crítica innovadora, conservando sólo una función simbólica vacía de contenido. Por otra, implica a la vez funcionalizar el proceso de legitimación, ya que el sistema sólo puede funcionar si funcionan también los sometidos al derecho; si aprenden —a ser posible sin obstáculos— y se integran en el sistema (60). Más aún: la legitimación no se produce *en* el procedimiento, sino *por medio del* procedimiento; la rectitud por lo tanto se identifica con el procedimiento mismo: un nuevo derecho natural (aunque, ciertamente, Luhmann no lo interprete así).

Es preciso escapar de este dilema: o la petrificación social del derecho a través de un pensamiento ontológico, codificado y estático, por una parte, o una total fungibilidad del derecho a través de un pensamiento funcional no ontológico y dinámico, por otra. Es posible si se logra descubrir, en el ámbito interhumano en que se inserta el derecho, una realidad esencial, no manipulable arbitrariamente, constitutiva de la identidad. Lo que se busca no es sino la *persona* como fenómeno de intersección entre objeto y relación, entre lo estático y lo dinámico. En la persona se realiza de forma concreta la relacionalidad, la unidad estructural de *relatio* y *relata*. La ya aludida ontología relacional debe ser en su conformación una ontología de la persona, una ontología que no considera ya la cosa, sino la persona como arquetipo del ser. Por tanto, también la ontología del derecho ha de constituirse como ontología relacional-personal. El alcance de todo esto sólo puede tratarlo aquí muy someramente.

camino; es interesante la muy reciente publicación de R. P. HORSTMANN, *Ontologie und Relationen*, 1984.

(60) VD. LUHMANN, *Positives Recht und Ideologie*, en «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 53 (1967), págs. 531 ss.; del mismo, *Soziologie als Theorie sozialer Systeme* en «Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie», 19 (1967), págs. 615 ss.; del mismo, *Legitimation durch Verfahren*, 1969.

El hombre se realiza como persona en su vinculación y dependencia con otras personas y cosas, para bien o para mal: es padre e hijo, comprador y vendedor, malhechor y víctima, propietario y ladrón. Estas relaciones personales forman el fundamento, la «materia» del orden jurídico; así Werner Maihofer pudo definir el orden jurídico como un «conjunto de correspondencias» (61). Lo que identifica cada fenómeno jurídico como tal no es, pues, un «derecho en sí» trascendental, sino una relación concreta, personal entre personas y cosas (62). Puesto que esta relación es concreta y real, no está libre de valoraciones. Pero esto no significa que quede abandonada a la libre disposición; ni tampoco que esté invariablemente establecida de una vez por todas, sino que resulta siempre perfilada en cada tiempo y situación. La autorrealización del hombre se produce obligadamente en la historia; por tanto, también el derecho es histórico (63). Pero el derecho sólo podrá legitimarse si proporciona al hombre lo que le corresponde como persona.

¿Qué es entonces la justicia o la idea del derecho? Radbruch dejó esta cuestión abierta. Si no me equivoco, tenemos que buscar la idea del derecho aquí, en este mundo, en nosotros mismos. La idea del derecho es la idea del hombre —¿qué otra cosa podría ser si no?— Pero ¿qué es la «idea del hombre»? Sólo cabe ofrecer una respuesta plausible, capaz de facilitar un consenso en el discurso entre los múltiples participantes en la argumentación; se tratará sólo de una respuesta provisional, siempre abierta, que además por regla general consistirá sólo en una falsación, o sea en la constatación de lo que es por antonomasia derecho *injusto*, y no en una verificación capaz de constatar lo que por antonomasia sea derecho justo (criterios éstos que últimamente se vienen discutiendo sobre todo en el marco del «racionalismo crítico» de procedencia popperiana). Sin embargo, sea como fuere, el «qué» y el «cómo» de hacer justicia resultan inseparables al condicionarse mutuamente. Esta circularidad ineliminable está inscrita en el mismo ser humano, ya que el hombre es a la vez un «qué» y un «cómo».

(61) W. MAIHOFER, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, 1956, pág. 64.

(62) Principios sobre una tal «Ontología de lo Personal» en W. MAIHOFER, *Recht und Sein; Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, 1954 y L. PHILIPPS, *Zur Ontologie der sozialen Rolle*, 1963.

(63) A este respecto la historicidad del derecho tiene tanto un aspecto ontológico como un aspecto hermenéutico. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, (nota 14), pág. 1 ss., 117 ss.; *Hermeneutik*, (nota 27), págs. 25 ss.