

ARTHUR KAUFMANN (Munich)

SENTIDO ACTUAL DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO *

“El filósofo es el médico de la cultura”.

FRIEDRICH NIETZSCHE

Nota previa.

El presente escrito tiene como origen una conferencia pronunciada en otoño de 1970, primero en la Facultad de Derecho de la Universidad Keio en Tokio y luego —algo modificada— en la reunión de filósofos del derecho en Friburgo de Brisgovia. Para su publicación he reelaborado de nuevo el texto en algunos pasajes, ampliándolo aquí y allá y completándolo con referencias bibliográficas (naturalmente no exhaustivas). Se ha conservado su carácter de conferencia.

En la discusión (cfr. los informes de Hans-Rudolf HORN, ARSP 57 (1971), 139 y ss.; Hans-Peter SCHNEIDER, JZ 1971, 35 y ss.; Wolfgang BÖHM, DÖV 1971 91 y ss.) me objetaron ante todo que no cabe limitar la tarea de la filosofía del derecho a una llamada a hacer el derecho a través de una constante re-

* Traducción del alemán del Prof. ANDRES OLLERO. El título original del trabajo, publicado en 1971 por Athenäum Verlag de Frankfurt, es *Wozu Rechtsphilosophie heute?*

flexión crítica más justo y con ello más humano. La filosofía del derecho, se afirmaba, tendría que enseñar también positivamente contenidos orientadores de la decisión judicial, e incluso se habló de que la efectividad de la filosofía del derecho consiste predominantemente en su aportación constructiva a cuestiones jurídicas de actualidad.

Yo quisiera por el contrario insistir de nuevo aquí en mi postura. Por supuesto la filosofía del derecho puede y tiene derecho a no renunciar a los contenidos —¿cómo habría de satisfacer si no su función de llamada de atención? Pero estos contenidos no pueden proclamarse con una pretensión de rectitud "juridiconatural", pues el arrogarse la única consciencia correcta conduce siempre, incluso si se disfraza de "antiautoritario", a un dogmatismo rígido, intolerante y autoritario. Las afirmaciones de la filosofía del derecho podrían más bien entenderse sólo en el sentido de una tarea negativa, a saber la de cuestionar críticamente a la dogmática jurídica más y más, para liberarla del endurecimiento y solidificación —y ello quiere decir de la alienación humana— inevitables en caso contrario. La filosofía del derecho no puede nunca —como WINFRIED HASSEMER ha acentuado con razón— ser fuente de decisiones (en tal sentido ha fracasado siempre, como enseña la historia), sino que puede y debe ser ayuda a la decisión.

Lo que se censura como una deficiencia de mi planteamiento de la función de la filosofía del derecho, en verdad —estoy firmemente convencido de ello— es precisamente su fuerza. El que va demasiado lejos sólo daña a la cosa a la que quiere servir. La vieja sabiduría de que un menos es frecuentemente un más se confirma exactamente aquí. Si la filosofía del derecho se impone la autolimitación por mi propuesta, será mucho más efectiva como "médico de la cultura" (FRIEDRICH NIETZSCHE) de lo que ha sido; podrá sobre todo lograr mucho más politicojurídicamente y fracasará menos en la situación de crisis, que lo que conocemos por su historia. Y como asignatura, la filosofía del derecho así entendida no será menos que la tradicional. El estudiante que ha aprendido un pensar críticamente reflexivo, queda pertrechado para toda su vida. Un sistema de proposiciones filosóficas por el contrario se habrá reconocido como inútil al poco tiempo o simplemente se olvidará.

Ceterum censeo: se trata de hacer de nuevo más honrosa la filosofía del derecho.

I. LA NEGACION DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO

La pregunta: “¿Para qué la filosofía del derecho hoy?”, fue el tema conductor del congreso organizado por la sección alemana de la Unión Internacional de filosofía jurídica y social, que tuvo lugar en octubre de 1970 en Friburgo de Brisgovia. Aunque no ocurriera conscientemente, fue una “List der Idee”, que los filósofos del derecho discutieran sobre la cuestionabilidad de su propio hacer, justo en el año en que se conmemoraba el doscientos aniversario del nacimiento de GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL. Pues entre las numerosas obras, de este filósofo genial, y ciertamente también discutido hasta hoy, están, sin ocupar por su significado el último lugar, sus “Grundlinien der Philosophie des Rechts” del año 1821. La filosofía del derecho de HEGEL representó en verdad, el punto más elevado de una época de pensamiento filosófico-jurídico (1), y a la vez también claramente su cierre. Tras la muerte de HEGEL la filosofía del derecho desapareció durante casi un siglo del catálogo de lecciones de las Universidades alemanas. El positivismo jurídico —ahora definitivamente triunfante— descalificó como acientífica toda consideración filosófica de valores o esencias y se limitó conscientemente a lo empíricamente perceptible, lo “positivamente” dado. Al derecho como tal no se atribuyó realidad ni seidad alguna; “derecho” era más bien solamente una designación colectiva (un nombre) para el conjunto de las normas legales. No había ya un concepto real de derecho, sino únicamente un concepto nominal.

Es incuestionables que el “positivismo científico-legal” —por hablar como FRANZ WIEACKER (2)— del siglo XIX y comienzos del XX tuvo una misión histórica que cumplir como respuesta a la arbitrariedad originada en el manejo del derecho por el Derecho Natural de la Ilustración, y que fue durante algún tiempo extraordinariamente fructífero. Sin embargo, ¡a qué precio! HERMANN KLEN-

(1) Sobre ello recientemente (con numerosas indicaciones bibliográficas); MARCIC, *Hegel und das Rechtsdenken*, 1970; RIEDEL, *Studien zu Hegels Rechtsphilosophie*, Ed. Suhrkamp 1970.

(2) WIEACKER *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.^a ed. 1967, pág. 458 y ss. Cfr. también E. SCHMIDT *Gesetz und Richter; Wert und Unwert des Positivismus*, 1952; H. HENKEL *Einführung in die Rechtsphilosophie* 1964, pág. 379 y ss.

NER lo ha expresado gráficamente: “la limitación de la propuesta de tareas jurídicas” a sólo “uno de los tres ámbitos de investigación esenciales de una filosofía del derecho científica”, a saber “a los ejercicios lógiconormativos”, “es comparable a encargar a la Medicina de disecar cadáveres y clasificar síndromes con la prohibición simultánea de una investigación de causas y efectos respecto a la misma enfermedad” (3). Aún más conciso y concluyente es el conocido slogan de la esencia de este positivismo jurídico acuñado por LEONARD NELSON: “una ciencia del derecho sin derecho” (4). La jurisprudencia no era ya propiamente ciencia del derecho, sino en el fondo sólo conocimiento de la ley (sin duda frecuentemente a un alto nivel), y lo que quedó de filosofía del derecho no fue en realidad sino el estrato superior de esta jurisprudencia positivista: la doctrina de los conceptos fundamentales y del método, la teoría general del derecho, que GUSTAV RADBRUCH en cierta ocasión caracterizó muy acertadamente como la “eutanasia de la filosofía del derecho” (5).

No es del caso referir con detalle cómo en los decenios anterior y posterior a la primera guerra mundial comenzó a hacerse sentir con fuerza un nuevo cuestionar filosófico y filosóficojurídico. Sobre ello hay ya una copiosa literatura que informa de los numerosos impulsos que han originado este despertar de la filosofía de su largo sueño de bella durmiente (6). Sobre todo se mencionan las siguientes corrientes: la de Marbugo y del neokantismo sudoccidental alemán (representantes: RUDOLF STAMMLER, GUSTAV RADBRUCH), el neohegelismo (representantes: JULIUS BINDER, GERHARD DULCKEIT), el neotomismo (representantes: EMIL BRUNNER, JACQUES ELLUL) así como —last not least— la fenomenología (representantes: ADOLF REINACH, GERHART HUSSERL), de la que se han desdoblado más tarde la ética material de valores, la ontología y la filosofía existencial.

(3) KLENNER: *Lenins "Empiriokritizismus" und die Grundfrage der Rechts-
theorie* en "Staat und Recht" 1967, 1615 y ss., 1628.

(4) NELSON: *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*, 2.^a ed. 1949.

(5) RADBRUCH: *Rechtsphilosophie*, 6.^a ed. 1963, pág. 114.

(6) Véase en general: VERDROSS *Abendländische Rechtsphilosophie*, 2.^a ed. 1963, pág. 188 ss., especialmente 199 ss.; WELZEL *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.^a ed. 1962, pág. 219 ss.; LARENZ *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* 2.^a ed. 1969, pág. 86 ss.; WIEACKER, op. cit. (nota 2), pág. 586 ss.; DAHM *Deutsches Recht* 2.^a ed. 1963, pág. 134 ss.

Sorprendentemente se alude pocas veces al marxismo en este contexto, aunque de sus medios han surgido apreciables contribuciones a la discusión filosófico-judicial —y esto no sólo desde ANDREJ WYSCHINSKI, sino también ya en los tiempos en los que aún tenía vigencia el dogma escatológico del “marchitarse” del Estado y del derecho; piénsese sólo en EUGEN PASCHUKANIS, cuya significativa obra “Teoría general del derecho y marxismo”, aunque aparecida ya en 1929 en lengua alemana (edición más reciente la de 1970), no ha despertado interés en nuestro país hasta fecha cercana. Está claro que la palabra “filosofía del derecho” es aún hoy evitada por muchos marxistas que hablan más gustosamente de “teoría del derecho” (7), lo cual es una de las causas —seguro no la única— de por qué entre nosotros todavía muchos no han tomado conciencia justa de la filosofía del derecho marxista (8).

A lo largo de dos decenios se había desarrollado en Alemania la filosofía del derecho con una abundancia y una riqueza como no han vuelto a experimentar las generaciones. Pero cuando esto se aduce como prueba de convicción estalla como una pompa de jabón. Sin resistencia, incluso sin experimentar siquiera crítica, pudo establecerse un régimen criminal que no tuvo para la ciencia jurídica y a la vez para la filosofía del derecho sino escarnio y burla (9). La inscripción sobre la puerta de un campo de concentración nazi:

-
- (7) KLENNER, op. cit. (nota 3), pág. 1616, utiliza las denominaciones “filosofía del derecho” y “teoría del derecho” explícitamente como sinónimas.
- (8) Sobre la filosofía del derecho marxista: PAUL, *Gustav Radbruchs Konzeption des sozialen Rechts und die marxistische Rechtstheorie* en *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch* (ed. por Arthur KAUFMANN), 1968, pág. 107 y ss.; Friedrich-Christian SCHROEDER, *Fünfzig Jahre sowjetische Rechtstheorie* en *50 Jahre Sowjetrecht* (ed. por MAURACH y MEISSNER) 1969, pág. 52 ss.; RODINGEN, *Die gegenwärtige rechts und sozialphilosophische Diskussion in der Sowjetunion* en ARSP 56 (1970) 209 ss. (con apéndice bibliográfico); MARCIC, *Rechtsphilosophie; Eine Einführung* 1969, pág. 87 ss. —Véase también RADBRUCH, *Kulturlehre des Sozialismus* 4.^a ed. (ed. por Arthur KAUFMANN) 1970. Sobre Marx en concreto: LOTIG, *Marx und das Recht, Untersuchungen zu den Schriften von Karl Marx* 1961; MAIHOFER, *Demokratie im Sozialismus, Recht und Staat im Denken des jungen Marx* 1968; SCHEFOLD, *Die Rechtsphilosophie des jungen Marx von 1842*, 1970.
- (9) Basta leer las citas correspondientes de las conversaciones de Hitler anotadas por Henry PICKER, Ed. Deutscher Taschenbuch Verlag n.º 524 (1968), especialmente pág. 65 ss.

“A cada uno lo suyo” muestra con sobrecogedora claridad la frivolidad con que se escarneció al derecho y la justicia (10).

Con todo derecho pregunta hoy nuestra juventud cómo ha sido posible que se hayan cometido por el Estado injusticias a millones, sin que aquellos a los que se había confiado el derecho se levantaran como un solo hombre. Una y otra vez tropieza uno como docente del derecho con el obstáculo de para qué serviría en el fondo toda la filosofía del derecho, si incluso claramente los mismos filósofos del derecho altamente cualificados no hubiesen aprendido de ella a distinguir al derecho de que no lo es y a defender al uno de lo otro. No cabría admitir a fin de cuentas que todos ellos hubieran aceptado las criminales leyes nazis y sus atentados, callando o consintiéndolas diligentemente, sólo por miedo o confianza en la autoridad (11).

Seguro que no hay una explicación global de este pecado de los juristas alemanes que permitiera agruparlos bajo un denominador común. Pero *una* circunstancia jugó en ello un especial papel y todos tenemos oportunidad de reflexionar sobre ello. Nadie más que el mismo HITLER se ha expresado al respecto, y esto no es nada extraño, pues los tiranos suelen tener un fino instinto para saber con quién tendrían que contar y con quién no. Por los juristas y su instrumental no sitió HITLER sino desprecio. En una de las conversaciones ahora conocidas se extiende despectivamente sobre ellos: al final, razonaba él, toda la doctrina jurídica actual no es sino una grandiosa sistematización del abandono de la responsabilidad. Por ello él haría todo lo posible para hacer de lo más despreciable el estudio del derecho, es decir el de esta concepción del derecho. Pues por medio de él no se formaría ningún hombre adecuado y apropiado para vivir... Ese estudio era una simple educación para la irresponsabilidad (12).

Sin duda este juicio es demasiado polémico y exagerado. Pero ello no debe ocultar a nuestra vista que contiene un núcleo correc-

(10) Cuando TOPITSCH opina que contra esta inscripción no hay “nada que objetar desde un punto de vista puramente lógico” (*Die Menschenrechte* en *JZ* 1963, 3), sólo cabe entenderlo como una caricatura (¿involuntaria?) de este tipo de “lógica”.

(11) Cfr. sobre esto PAWLOWSKI, *Das Studium der Rechtswissenschaft* 1969, pág. 8 ss.

(12) PICKER, op. cit. (nota 9), pág. 66.

to Las facultades de derecho alemanas nunca han visto su tarea en la educación de juristas cívicamente responsables. La ciencia jurídica en sentido propio, la dogmática jurídica, pasó por doquier —y sigue aún pasando hoy— como la doctrina de la correcta aplicación de las leyes, pero no la de sus implicaciones sociológicas, psicológicas y políticas. Con mayor razón la filosofía del derecho se entendió —prescindiendo de escasas excepciones— como totalmente apolítica, frecuentemente como sólo un autosuficiente pensar de l'art-pour-l'art reservado a un círculo de esotéricos, y no, por el contrario, una disciplina que considera como una de sus más nobles tareas la acuñación de una consciencia de responsabilidad social. No era simplemente cobardía lo que hizo a los juristas contemplar pasivamente la labor diabólica de la tiranía nazi; no se tenían en modo alguno por competentes para modificar algo las circunstancias. Ellos eran exactamente lo que cien años antes JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN les había escrito en su album de recuerdos: servidores “inertes, siempre dispuestos, no menos de la sabiduría del legislador que de la pasión del déspota” (13). No sólo renunciaron personalmente a sí mismos, sino también a toda la jurisprudencia y a la filosofía del derecho.

¿Para qué fue útil el asiduo esfuerzo filosófico-jurídico de la primera mitad de nuestro siglo? No debe ser fácil encontrar una respuesta satisfactoria.

II. LA CUESTIONABILIDAD DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO.

Después de todo lo ocurrido, tras esta negación sin precedentes de la filosofía del derecho, hubiera debido pensarse, que nunca ya podría el fénix resurgir de las cenizas. Y por el contrario sucedió el milagro de una nueva resurrección de la filosofía del derecho comparable al milagro económico” que nadie habría tenido por posible en la hora cero del hundimiento absoluto. Y de nuevo podemos otear sobre dos decenios en los que la filosofía jurídica ha ex-

(13) KIRCHMANN: *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1848), ed. de la Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1956, pág. 23.

perimentado un inopinado incremento. Basta sólo mirar alrededor y por doquier es perceptible. La filosofía del derecho se cultiva hoy en la docencia e investigación de casi todas las Facultades jurídicas. En muchos lugares se llegó a la fundación de Institutos filosófico-jurídicos; los ya existentes fueron remozados, en parte muy considerablemente. La masa de literatura filosófico-jurídica aparecida en los últimos años es casi aplastante. Los congresos nacionales e internacionales son visitados por un número de interesados en continuo crecimiento. Y mientras el ocuparse de la filosofía del derecho se consideró largo tiempo más o menos como un lujo para gastrónomos jurídicos de los últimos semestres —lo mismo que la nata del pudding, de la que cabe prescindir— hoy los distintos modelos y proyectos de reforma de la enseñanza jurídica prevén con rara unanimidad que deben hacerse valer ya en el marco de la enseñanza dogmática los correspondientes puntos de vista filosóficos relevantes —así como los políticos, socioeconómicos e históricos (14).

Así la filosofía del derecho goza de un florecimiento como pocas veces en la historia le había sido dado. Y con todo —quizá habría que decir más correctamente: precisamente por eso— nos acucia más y más la interrogante escéptica: ¿qué significa todo esto?, ¿qué significa esta febril actividad?, ¿a dónde lleva realmente?, ¿para qué filosofía del derecho hoy?

Esta pregunta no se refiere sólo a qué sentido, qué fin tenga la filosofía del derecho precisamente para nuestro tiempo. Inquieta más radicalmente: ¿tiene hoy día la filosofía del derecho aún algún sentido y alguna tarea? En modo alguno estamos tan seguros de

(14) Véanse en general los informes de JZ 1970, 37 s. (sobre el llamado "Modelo de Loccum"), JZ 1970, 362 ss. (sobre las "conclusiones de Mainz") así como JZ 1970, 457 ss. (sobre el llamado "modelo hamburgués"). Además: WASSERMANN *Erziehung zum Establishment 1969* (con colaboraciones de WASSERMANN, WIETHÖLTER, SCHACHTSCHNEIDER y BULL); *Neue Juristenausbildung, Materialien des Loccumer Arbeitskreises zur Reform der Juristenausbildung 1970* (con colaboraciones de BANNECK, BULL, ECKERTZ, JÄGER, KILIAN, LAUTMANN, RAMM, ROSE, WASSERMANN, WIETHÖLTER y ZENZ). Naturalmente lo dicho en el texto vale sólo cum grano salis; las divergencias en lo particular son en parte no insignificantes. Orientan sobre esto de manera global los dos informes para el 48 Deutsches Juristentag de OEHLER y RICHTER: *In welcher Weise empfiehlt es sich, die Ausbildung der Juristen zu reformieren?* 1970; véase también *Sonderheft zu Fragen der Studienreform* de JZ, 1968.

esto como parece. “La cuestionabilidad de la filosofía en nuestro tiempo” es también el primer tema que HANS RYFFEL aborda en su “Rechts- und Staatsphilosophie” recientemente aparecida (15).

¿Qué quiere decir sin embargo que la filosofía del derecho se nos haya vuelto *frag-würdig*: cuestionable, pero también digna de ser sometida a cuestión?

1. El “final de la filosofía”.

Una conferencia pronunciada por MARTIN HEIDEGGER hace un par de años lleva como título: “El final de la filosofía y la tarea del pensar” (16). Final de la filosofía significa para HEIDEGGER su acabamiento. Sin duda no en el sentido de perfección —nos falta un criterio para hablar de algo así—; más bien, “el final de la filosofía es aquel lugar en el que se reúne el conjunto de su historia en su posibilidad última. Esta reunión significa final como acabamiento” (17).

El tema del “final de la filosofía” no es por supuesto nuevo. Así la intención declarada de WITTGENSTEIN era resolver todos los problemas mediante investigaciones analítico-lingüísticas de los “juegos lingüísticos” o desenmascarar los pseudoproblemas y hacer con ello superfluo el filosofar. “La claridad a la que aspiramos”, dice con toda la nitidez deseable, “es... *perfecta*”, y “esto quiere decir..., que los problemas filosóficos deben desaparecer *perfectamente*” (18). Ya mucho antes de WITTGENSTEIN se dictó a la filosofía el juicio de que su misión estaba cumplida: por KIERKEGAARD, por NIETZSCHE y sobre todo, como es sabido, por MARX. Ya en su disertación doctoral y aún repetidas veces —de manera especialmente enérgica en su ensayo “Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie”— declaró MARX clarísimamente que el acabamiento de la filosofía especulativa y de la metafísica depende de superar total-

(15) RYFFEL: *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie. Philosophische Anthropologie des Politischen* 1969, pág. 21 ss.

(16) La conferencia fue publicada en primer lugar en París. Ahora en lengua alemana en HEIDEGGER, *Zur Sache des Denkens* 1969, pág. 61 ss.

(17) HEIDEGGER, op. cit. (nota 16) pág. 62 s.

(18) WITTGENSTEIN: *Philosophische Untersuchungen*, Ed. Suhrkamp 1967, pág. 71, núm. 133 (subrayados del original).

mente la filosofía y realizarla en la praxis revolucionaria —o dicho de otra manera: la filosofía debe llegar al acabamiento y a la verdad volcándose en la praxis y superándose a sí misma de esta manera (19).

Del acabamiento de la filosofía habla también HEIDEGGER, como queda dicho, y también él menciona expresamente la metafísica (20). Pero naturalmente en su caso no se habla en absoluto de un volcarse en la praxis revolucionaria, sino que pregunta más bien qué tarea le está aún reservada al pensar al final de la filosofía, a un “pensar que no puede ser ni metafísica ni ciencia” (21). Es la pregunta que hoy se plantea e intenta aclararse por otros filósofos. ERNST BLOCH cree encontrar la respuesta en su “Prinzip Hoffnung”, THEODOR ADORNO en el modelo de pensamiento del vivir desalienado, HERBERT MARCUSE en su tesis de la “grosse Weigerung”, MAX HORKHEIMER en su “Kritische Theorie”. HEIDEGGER renuncia a una respuesta, y señala sólo vagamente, la dirección en que ha de buscarse: “quizá”, dice, “hay un pensar más allá de la distinción entre lo racional y lo irracional, más sobrio aún que la técnica científica, más sobrio y por ello apartado, sin efecto y, a pesar de esto, con necesidad propia” (22).

Queremos prescindir por ahora de esta cuestión para enfrentarnos a otra más importante para nuestro tema: ¿por qué considera HEIDEGGER llegado el final de la filosofía? ¿a través de qué ha llegado la filosofía a su acabamiento”? A esta pregunta, da HEIDEGGER una clara y fundada respuesta.

(19) Véase MARX (ed. por Hans-Joachim LIEBER) t. I *Frühe Schriften*, 2.^a ed. 1971, pág. 23 ss. (especialmente pág. 70 ss.) y pág. 488 ss. Cfr. más en general THIER, *Historischer und dialektischer Materialismus; Ein Quellenheft* 1960, pág. 23 s.; WETTER, *Sowjetideologie heute*, Ed. Fischer-Bücherie núm. 460 (1962), pág. 141 s. y más recientemente POGGELER, *Die Verwirklichung der Philosophie (Hegel und Marx)* en *Philosophische Perspektiven*, ed. por BERLINGER y FINK, t. II: *Philosophie und Institution* 1970.

(20) HEIDEGGER, op. cit. (nota 16) pág. 61.

(21) HEIDEGGER, op. cit. (nota 16) pág. 66.

(22) HEIDEGGER, op. cit. (nota 16) pág. 79.

2. *La independización de las ciencias y su "emigrar" de la filosofía.*

HEIDEGGER recuerda que ya en la Antigüedad "aparece un rasgo decisivo de la filosofía: la formación de las ciencias dentro del horizonte que abre la filosofía. La formación de las ciencias es a la vez desprendimiento de la filosofía y arranque de su peculiaridad. Este fenómeno pertenece al acabamiento de la filosofía. Su desarrollo se encuentra hoy en plena marcha en todos los ámbitos del ente... Basta aludir a la peculiaridad de la psicología, de la sociología, de la antropología como antropología de la cultura, al papel de la lógica como logística y semántica... Lo que la filosofía intentó en parte en el curso de su historia, y aún esto insuficientemente: el presentar las ontología de las correspondientes regiones del ente (naturaleza, historia, derecho, arte), lo asumen ahora las ciencias como tarea propia. Su interés se dirige sobre la teoría de los correspondientes conceptos estructurales necesarios de cada ámbito objetivo". "Teoría", sin embargo, piensa HEIDEGGER, no tiene en adelante nada que ver con un "sentido ontológico", sino que significa "suposición de las categorías, a las que corresponde sólo una función cibernética". Pues la "nueva ciencia fundamental", que determinará y dirigirá las ciencias particulares, es la cibernética. Y así el "final de la filosofía" se muestra "como el triunfo del dirigible implantamiento de un mundo técnico-científico y del orden social adecuado a él" (23).

HEIDEGGER no está en modo alguno sólo en esta visión de las cosas. Sería extremadamente interesante y seductor hacer patente las afinidades que existen entre sus planteamientos y los de la "escuela de Frankfurt" tan violentamente en lucha con él. En HERBERT MARCUSE cabe encontrar —no por casualidad— expresiones semejantes, y del triunfo de la "razón instrumental" habían ya predicho algo con expresiones gráficas HORKHEIMER y ADORNO en 1944 en su "Dialektik der Aufklärung" (24). Y cabría añadir aún algo más en este sentido.

(23) HEIDEGGER, op. cit. (nota 16) pág. 63 ss.

(24) Acúdase también al escrito posterior de HORKHEIMER, *Zur Kritik der instrumentellen Vernunft* 1967.—Cfr. al respecto también WELLMER, *Kritische Gesellschaftstheorie und Positivismus* 1969, pág. 128 ss. y STUTTGEN, *Wider den Primat des instrumentalen Denkens; Ortsbestimmung der Philosophie im gegenwärtigen Wissenschaftsbetrieb* en "Stimmen der Zeit" 186 (1970) 176 ss.

3. *La filosofía del derecho como "disciplina residual"*

Pero ahora tendríamos que dirigir nuestra atención a la filosofía del derecho y preguntarnos si la situación esbozada por HEIDEGGER le afecta también de algún modo. Y de hecho HANS RYFFEL —independiente de HEIDEGGER desde cualquier punto de vista— llega a constataciones totalmente semejantes. Llama a la filosofía —y especialmente a la filosofía del derecho y del Estado— "disciplina residual", de la que han "emigrado" en el transcurso del tiempo y sobre todo en la época más reciente, las ciencias particulares que en tiempos se cultivaron en su ámbito. Mediante este proceso la conexión filosofía y ciencia, que aparecía para HEGEL aún como una unidad, se fue haciendo más ligera. De hecho, piensa RYFFEL, hoy ya la ciencia ha ocupado en nuestra sociedad el lugar de la filosofía y esta independización y difusión de la ciencia es la razón de que la filosofía del derecho se nos halla vuelto "*fragwürdig*". Quedan aún problemas residuales" para la filosofía, según RYFFEL, problemas sin duda necesarios, que no pueden ser tratados científicamente en sentido estricto —por tanto algo así como lo que HEIDEGGER considera la tarea del pensar en la era postfilosófica (25).

Sobre el proceso de "éxodo" de numerosas disciplinas de la filosofía del derecho esbozado por RYFFEL no cabe apenas discusión. basta pensar en la metodología (Methodenlehre) jurídica y sus ámbitos específicos: la lógica y la logística jurídicas, la hermenéutica y la semántica, así como también en la sicología jurídica, la sociología del derecho y la teoría del derecho. Todas ellas pertenecieron un día a la filosofía del derecho y se practicaron de forma filosófico-jurídica. Puede naturalmente contárselas aún hoy como "filosofía del derecho en sentido amplio", pero esto no cambia el que, mientras, hayan llegado a convertirse en ciencias independientes y como tales sigan sus legalidades propias (26). Nadie negará que el saber filosófico-jurídico en modo alguno está en condiciones de decir algo técnicamente en el ámbito de la semántica jurídica por ejemplo,

(25) RYFFEL, op. cit., (nota 15) pág. 5, 19, 32 ss.

(26) Cfr. RYFFEL, op. cit. (nota 15) pág. 7: "La filosofía no puede formular la pretensión de remolcar ulteriormente a las ciencias particulares que se separaron de ella. Las ciencias trabajan independientemente sus problemas sin que la filosofía tenga que inmiscuirse".

como al contrario diremos que puede haber un notable especialista en el terreno de la logística y la cibernética jurídicas, que no esté por ello ubicado en la filosofía del derecho propiamente dicha.

También se muestra con claridad en la *teoría del derecho* (Rechtstheorie) el proceso de éxodo de la filosofía del derecho. Hace aún pocos años se entendía por teoría del derecho lo mismo que también se designa como teoría general del derecho, o sea simplemente la teoría de los conceptos fundamentales, quizá aún bajo el influjo de la metodología jurídica. Hoy el ámbito de la teoría del derecho se ha hecho mayor. Se incluye en ella por ejemplo la lógica de la norma, la teoría del lenguaje jurídico, la crítica de la dogmática, la teoría de ciencia, la teoría del conocimiento, la teoría de la decisión, la teoría sistemática de la ciencia jurídica, la tópica jurídica, la teoría de la legislación e incluso algo más (27). No es posible una enumeración completa, porque se encuentra totalmente en evolución. También el objeto formal de la teoría del derecho es todavía tan difuso que difícilmente cabe lograr distinguirla con exactitud de la filosofía del derecho de una parte y de la dogmática jurídica de otra... No cabe hallar en modo alguno una distinción entre teoría del derecho y filosofía del derecho con validez general, pues la pregunta por esta distinción es ella misma un problema aporético de la filosofía del derecho. Y algo análogo al caso de la teoría del derecho en su relación con la filosofía del derecho y la dogmática jurídica, vale también más o menos para la *sociología del derecho*, que se ha convertido en los últimos años en una disciplina independiente muy significativa (28).

- (27) Cfr. Arthur KAUFMANN (ed.) *Rechtstheorie, Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis* 1971; JAHN y MAIHOFFER (ed.) *Rechtstheorie, Vorstudien zur Grundlagendiskussion* 1971; GIL-CREMADES, *Rechtstheorie und Rechtspraxis* en ARSP 56 (1970) 1 ss.; Wolfgang BÖHM, *Zum Verhältnis von Rechtstheorie und Rechtsdogmatik* en JZ 1970, 767 ss.; CORNIDES *Rechtsdoktrin und Rechtstheorie* en Ozöffr 1969, 271 ss.
- (28) Véase sobre ello en general VAN DER VEN, *Rechtssoziologie* en *Staatslexikon* 6.^a ed. t6, 1961, columna 680 ss.; FECHNER, *Rechtsphilosophie; Soziologie und Metaphysik des Rechts* 2.^a ed. 1962, especialmente pág. 265 ss.; LAUTMANN, MAIHOFFER y SCHELSKY (ed.) *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft* 1970 (Jahrb. f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie, tI); NAUCKE y TRAPPE (ed) *Rechtssoziologie und Rechtspraxis* 1970; MINEMURA, *Dogmatic Legal Science and Sociology of Law* en ARSP 56 (1970) 351 ss.

¿Pero qué dejan de la filosofía jurídica la teoría del derecho y la sociología jurídica —por no tomar en consideración sino estas dos ramas que se han hecho independientes de ella? En una reunión de trabajo teórico-jurídica se sometió recientemente a discusión un esquema, según el cual la teoría del derecho debe ocuparse de las estructuras lógicas del derecho, la sociología jurídica de las sociológicas y la filosofía del derecho de las axiológicas... Esta sistemática seduce a primera vista por su claridad. Contemplada más de cerca nuestra por el contrario que no es aplicable o que no corresponde a las verdaderas relaciones. Pues a consecuencia del “enredamiento de *Sein y Sollen*” es imposible en los contenidos de hecho vitales con los que tiene que ver el derecho diferenciar de los axiológicos los aspectos lógicos y los relativos al ser. La pregunta de ENGISCH: “¿dónde termina la estructura de ser y dónde comienza el punto de vista valorativo?” (29) es en el fondo incontestable, porque en la realidad no hay frontera alguna entre ambos. Contenidos de hecho vitales valóricamente asépticos y valores separados del ser son puras formas mentales y no realidades —de lo contrario nos “ahogaríamos” en el ser o en el valor (30). BARATTA critica acertadamente todas aquellas teorías, “que buscan la naturaleza de las cosas (*Natur der Sache*) axiológica, contemplando la cosa como objeto independiente del sujeto concreto, y se esfuerzan con ello inútilmente por obtener de este cadáver de la *cosa misma*, un valor que no puede ya encerrar en sí... Sería inútil intentar de algún modo hacer influir sobre tal objetividad muerta un valor, que, por su parte, se ubicaría abstractamente en un ámbito que excedería tanto al sujeto como al objeto” (31). De hecho una filosofía del derecho que sólo tuviera que ver con lo valórico, quedaría totalmente en el aire. Por otra parte la teoría del derecho y la sociología jurídica no podrían en absoluto cultivarse como disciplinas específicamente jurídicas sin la inclusión de criterios jurídico-normativos.

-
- (29) ENGISCH: *Zur “Natur der Sache” im Strafrecht en Festschrift für Eb. Schmidt* 1971, pág. 99 s. (también en Arthur KAUFMANN (ed.) *Die ontologische Struktur des Rechts* 1965, pág. 216).
- (30) Más de cerca: Arthur KAUFMANN: *Analogie und “Natur der Sache”, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus* 1965, especialmente pág. 35 ss.
- (31) BARATTA: *Gedanken zu einer dialektischen Lehre von der Natur der Sache en Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch* (v. nota 8), pág. 173 ss., (subrayado del original).

No cabe por tanto delimitar la filosofía del derecho de la teoría del derecho y de la sociología jurídica, reservándole las estructuras axiológicas del derecho como objeto formal propio, o como el residuo todavía restante para ella. Debemos por tanto preguntarnos de nuevo ¿qué le queda aún a la filosofía del derecho?, ¿no vale quizá también para la filosofía del derecho lo que HEIDEGGER dice de la filosofía en general: que ha llegado ciertamente a su final?

III. EL RECHAZO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.

El que la filosofía del derecho, a pesar de todas las apariencias externas, parezca hoy a muchos cuestionable (fragwürdig) o el que muchos experimenten cierta desazón respecto a ella., no deriva sólo de que numerosas disciplinas hayan emigrado de la filosofía del derecho. Tiene otra razón que me parece incluso primera: todo marcha en la filosofía del derecho —entiéndase naturalmente cum grano salis— como si viviéramos en la época del primer ferrocarril, o quizá antes incluso. No sólo la vida política, sino también la filosofía del derecho de los dos primeros decenios de la postguerra se caracteriza por el slogan: ¡nada de experimentos! Quizá suene un poco dura esta crítica de la que no me excluyo en modo alguno (32). Pero se trata sólo de mostrar lo típico y característico sin entrar a juzgar cada elemento individual. Contemplada a esta luz, no es sin duda equivocada la afirmación de que la filosofía del derecho no ha encontrado —todavía— el contacto con nuestro tiempo. El proceso de éxodo de la filosofía del derecho se funda en buena parte en el hecho indiscutible de que los problemas apremiantes de la sociología jurídica, la lógica y la logística, la teoría del lenguaje, la teoría de la ciencia, la cibernética, la informática... no pueden ser abordados, al menos satisfactoriamente, en el seno de la filosofía del derecho. Así puede observarse por doquier que son las fuerzas progresivas las que se aplican a las mencionadas disciplinas mientras en el campo de la filosofía del derecho (en sentido estricto y pro-

(32) Pienso aquí ante todo en mi artículo *Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart* en JZ 1963, 137 ss., que tengo que revisar en algunos puntos (no todos desde luego).

pio) dominan sin duda las fuerzas conservadoras e inmovilistas. Esto opina también RYFFEL cuando dice que “la filosofía está hoy aún más fuertemente orientada a conformaciones pasadas” y se mueve por ello entre los extremos de la repriminación y la superación (33).

Se malentendería lo dicho planteándolo como si debieran esbozarse de alguna forma dos posiciones: la de los progresivos y la de los conservadores. El juego de fuerzas de los elementos conservadores y alteradores se consuma más bien en cada uno de nosotros, oscilando el péndulo en una u otra dirección. Concretamente: cabe ser un progresivo sociólogo del derecho y a la vez un filósofo del derecho —un iusnaturalista— absolutamente conservador. Y en ambos aspectos cabe aludir a HEGEL. Pues la conocida sentencia “lo que es racional es real, y lo que es real es racional” (34) se refiere ya en su primer parte a la razón revolucionaria, que es real porque puede pensar lo existente de otra forma —es decir: mejor—, mientras la segunda parte expresa el principio fundamental del pensar restaurador: lo existente ha de mantenerse porque existe y es valioso. El que esta sentencia esté justamente en la filosofía del *derecho* de HEGEL tiene un perfecto sentido, pues el jurista precisamente se ve confrontado de manera continua con este enfrentamiento de fuerzas conservadoras y renovadoras. De una parte exige a todo precio el atenerse a las leyes existentes, porque “también el ordenamiento jurídico más reprobable tiene aún un valor obligatorio”, en cuanto también garantiza una protección y procura orden (35), sin duda imperfecto, pero en todo caso mejor a todas las utopías atrevidamente construidas. Esto es ultra-conservativismo jurídico, que coloca así en la cima los valores de la seguridad jurídica y el orden, absolutizándolos de tal forma, que quedan convertidos en sus contrarios y pervierten con ello al derecho como tal (36). De otra parte, los juristas simularán también los más variados modelos fantásticos utópico-abstractos de un ordenamiento jurídico futuro absolutamen-

(33) RYFFEL, op. cit. pág. 35.

(34) HEGEL: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Ed. Suhrkamp, t7, 1970, pág. 24.

(35) EVERS: *Der Richter und das unsittliche Gesetz* 1956, pág. 141.

(36) Acertadamente STRATENWERTH: *Verantwortung und Gehorsam, Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handelns* 1968, pág. 92, 97.

te justo, bajo el que los hombres no tendrán ya que sufrir —ni siquiera el infractor del derecho, pues ya no habrá más penas ni ningunas otras sanciones represivas. Tales planteamientos jurídicos revolucionarios no tienen en cuenta que estamos instalados aquí sobre nuestro suelo y, al ignorar la deficiencia humana, producen, en lugar del posible derecho mejor, sólo aún mayor injusticia e inhumanidad. Pues tampoco cabe absolutizar la justicia y la humanidad sin acabar por sacrificarlas (37).

Si el derecho es un continuo proceso de asimilación de *Sein y Sollen* (38), de lo históricamente consumado y lo históricamente por realizar, la actitud adecuada al derecho puede ser sólo “continuar lo existente anticipando las posibilidades futuras de su ser de otro modo (*Anderessein*)” (39). No hay elección entre pensamiento jurídico conservador y progresivo. Pero desgraciadamente hubo y hay siempre un rompimiento de esta relación tensorial de conservación y renovación, y por ello está tan caracterizado nuestro escenario histórico por un continuo ir y venir entre conservativismo y subversión, entre la aceptación acrítica de lo dado y su crítica total.

Pero perderíamos el hilo si continuáramos ahora estos pensamientos. Tampoco es este el lugar para documentar más detalladamente la afirmación arriba expuesta sobre el retroceso de la filosofía del derecho actual. Bastará con unas pocas indicaciones.

El tema dominante en la filosofía del derecho del cuarto de siglo pasado es sin duda la *polémica sobre derecho natural y positivismo jurídico*. Que esto no ocurre por casualidad, sino que tiene razones muy efectivas no es a penas necesario decirlo al experto. A fin de cuentas se prueba también de nuevo la guerra como madre de todas las cosas, como por desgracia ocurre tan frecuentemente. El tan citado y discutido “renacimiento del derecho natural” debió llegar ciertamente con la necesidad de un acontecimiento natural. “Jede Messe und jeder Krieg liefern neue Naturrechte”, se burla-

(37) Véase más a fondo sobre esto Arthur KAUFMANN: *Gesetz und Recht en Existenz und Ordnung* Festschrift für Erik Wolf, 1962, pág. 357 ss., especialmente 368 ss; del mismo *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik* en *Festschrift für Karl Engisch* 1969, pág. 243 ss., especialmente 258 ss.

(38) Arthur KAUFMANN: *Analogie* (nota 30), pág. 14.

(39) Ernst BLOCH: *Das Prinzip Hoffnung* Ed. Suhrkamp, tI, 1967, pág. 163 s.

ba ya JEAN PAUL (40). Tan necesariamente como este renacimiento del derecho natural tuvo que llegar la reacción. Pues este derecho natural al que se acudió en el apuro del primer año de postguerra se probó pronto como un fuego fatuo. Naturalmente esta negación del derecho natural fue una vez más agua para el molino del positivismo jurídico, que recibió de esta forma nueva fuerza, aunque no por ello legitimación alguna. Y así fue y va el ir y venir hasta el día de hoy.

Esto no quiere decir por supuesto que la discusión sobre el positivismo y el derecho natural pertenezca al trastero de la historia. Se estaría al fin en el momento de enfrentarse a los problemas que desde hace tiempo están en el orden del día, pero que son tenazmente marginados por los filósofos del derecho en una especie de cazarra actitud de "no entiendo nada". Piénsese ante todo en los *problemas de filosofía del lenguaje*. Ciertamente hay aquí y allí aportaciones, esto no debe desconocerse. Pero hasta ahora no han sido fructíferas. Así se discute, por ejemplo, con acribia digna de admiración, sobre la cuestión de si el positivismo es *lógicamente* posible (41) —la cuestión de si lo es *hermenéuticamente* es premeditadamente desoída (42). A lo que quiere llevar esta observación es, dicho en pocas palabras, a lo siguiente: cualquier texto a comprender, por tanto también el texto legal, tiene necesariamente una referencia a una cosa situada fuera de él, es decir a su sentido; como el positivismo sin embargo excluye todo lo que está fuera del texto, no está en situación de captar el sentido a que el texto se refiere —con otras palabras: cada comprender hermenéutico significa un sobrepasar el positivismo (43). Frente a este reto se comportan

(40) Jean PAUL: *Siebenkäs*, prólogo de la 2.^a ed. 1928, pág. 13 (citado según W. R. BEYER: *Rechtsphilosophische Besinnung* 1949, pág. 5).

(41) Característico para esta contienda: OPHÜLS, *Ist der Positivismus logisch möglich?* en NJW 1968, 1745 ss. y HOERSTER, *Zur logischen Möglichkeit des Rechtspositivismus* en ARSP 56 (1970) 43 ss. Cfr. también MARCIC, op. cit. (nota 8), pág. 50 ss.

(42) Una significativa excepción es el escrito de FORSTHOFF aparecido ya en 1940 *Recht und Sprache, Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik* (nueva edición 1964). También RADBRUCH *Vorschule der Rechtsphilosophie* 1947, pág. 76 (3.^a ed. 1965, pág. 79).

(43) Más de cerca en HASSEMER: *Tatbestand und Typus, Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik* 1968, especialmente pág. 84 ss. (con más referencias).

los positivistas doctrinarios como el avestruz que esconde ante el peligro la cabeza en la arena: hacen como si no entendieran en absoluto de qué se está hablando (44). Según su doctrina, el jurista "metódicamente" adiestrado (el lector puede sustituirlo según convenga también por el teólogo, el filólogo...) encuentra el "posible sentido literal" de las leyes, sin que necesite ocuparse de los datos sociológicos de los que las leyes surgen y en los que ellas quieren influir. ¿Qué falta hace aquí una hermenéutica? Pero sin duda esto es un autoengaño, una "criptosociología", como ya ERNST FUCHS caracterizó acertadamente este tipo de método jurídico. El problema filosófico-lingüístico que aquí se encierra permaneció oculto para él como para todos los demás partidarios del "derecho libre" (45).

Pero tampoco las doctrinas habituales del derecho natural y de la "naturaleza de las cosas" pueden sostenerse ante el forum de la crítica del lenguaje. La búsqueda de una "naturaleza" objetiva, de un "sentido" objetivo del derecho *fuera e independiente* del sujeto que comprende, seguirá siendo lo que fue siempre: un trabajo de Sísifo. Pues el derecho se constituye sólo en el acto de comprender, y el comprender tiene que articularse en el lenguaje si se lo quiere participar a otro (46).

Estas pocas observaciones deben bastar aquí aunque difícilmente sean suficientes, para poner en evidencia cómo podría volver a sacarse a flote con ayuda de la crítica del lenguaje la discusión entre positivismo jurídico y derecho natural, encallada en un banco de arena. Para esto haría falta ante todo un contraste con los esfuerzos de la moderna filosofía analítica, de la que habría que tener en cuenta especialmente la teoría del derecho de H. L. A. HART

(44) Lo mismo ve KLENNER, op. cit. (nota 3), pág. 1620: "el positivismo es agnóstico: mucho (¡lo más importante!) no quiere saberlo".

(45) Véase Ernst FUCHS: *Gerechtigkeitswissenschaft, Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre* (ed. por Albert S. FOULKES y Arthur KAUFMANN) 1965, y mi introducción ibidem.

(46) Más detenidamente sobre esto en mi aportación al *Engisch-Festschrift* (nota 37), especialmente pág. 251 ss., 265 ss.

(47). Pero no tenemos aquí espacio para ello. Nos limitamos por tanto al intento de mostrar un camino de cómo *nuestra* pregunta por el por qué y el cómo de la filosofía del derecho puede desde el fenómeno del lenguaje ser, si no contestada, sí, al menos, aclarada.

IV. EL LENGUAJE COMO POSIBILIDAD Y LIMITACION DE LA FILOSOFIA.

Recapitulemos de nuevo: HEIDEGGER ve también, tras el final de la metafísica, tareas que no ha de resolver la ciencia, sino que están reservadas a un pensamiento ni científico ni metafísico, que no se deja clasificar en el esquema racional-irracional. De manera semejante HANS RYFFEL habla de que hay "problemas residuales de las ciencias", que en sentido estricto no pueden ser tratados científicamente, sólo que él, a diferencia de HEIDEGGER, considera estos problemas como los propiamente filosóficos o filosófico-jurídicos. Así pues, tanto para HEIDEGGER como para RYFFEL, a pesar del "éxodo" de numerosas disciplinas de la filosofía a la ciencia, existen aún tareas y problemas —y ciertamente, como ambos subrayan, tareas y problemas *necesarios*— que no caen dentro de la competencia de las ciencias, porque no se dejan investigar de manera específicamente científica. Si no restringimos el concepto de filosofía a lo que HEIDEGGER entiende por metafísica —y no hay razón clara para ello—, no cabe hablar de un final de la filosofía ni consecuentemente de la filosofía del derecho.

Pero ¿cuáles son pues ahora estas tareas y problemas con los que tiene que ver la filosofía y en especial la filosofía del derecho? STRATENWERTH caracteriza la filosofía del derecho como "conjunto de afirmaciones filosóficas que se refieren a la esencia del derecho" (48). Según MARCIC la filosofía del derecho tiene que ver con los

(47) Informativo: ECKMANN, *Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie*, *Der Begriff des Rechts in der Rechtstheorie* H.L.A. Harts 1969. También ALBERT, *Plädoyer für kritischen Rationalismus* 1971; HABERMAS y LUHMANN, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie- Was leistet die "Systemforschung"* 1971; Eike v. SAVIGNY, *Analytische Philosophie* 1971.

(48) STRATENWERTH, Artículo *Rechtsphilosophie* en DIEMER y FRENZEL (ed.) *Philosophie* (Fischer-Bücherei) 1958, pág. 286.

“problemas fundamentales y capitales” que plantea cualquier fenómeno que se designe con el nombre “derecho” (49). VIEHWEG caracteriza la filosofía del derecho como la “investigación básica” que se ocupa de la estructura y teoría fundamental del derecho (50) —a diferencia de las especialidades dogmáticas de la ciencia jurídica— y que por tanto, cabría también decir, interroga críticamente las proposiciones básicas y fundamentales, que se presuponen siempre tácita e irreflexivamente en la dogmática jurídica. Sería fácil continuar aún esta enumeración, pero no llegaríamos más allá de que en la filosofía —en la filosofía del derecho— se trata de algún modo de la “esencia”, el “fundamento”, lo “comprehensivo”, lo “radical”. Pues lo que la filosofía es no se deja definir, sino que sólo cabe experimentarlo en el mismo filosofar (51).

La dificultad de decir qué sea la filosofía y para qué sirve en suma, tiene una razón doble: por una parte el objeto de la filosofía y por otra —dependiendo de la primera— la insuficiencia del lenguaje para la filosofía (52).

En contra del “acostumbrado prejuicio”, denunciado ya por HEGEL como erróneo, la filosofía tiene aún menos que ver con lo general-abstracto que las ciencias en sentido estricto. Ciertamente, dice HEGEL, está “la filosofía en el ámbito del pensamiento, y tiene por ello que ver con generalidades; su contenido es abstracto pero sólo según su forma y elementos, pues en sí misma la idea es esencialmente concreta...”. Expresado de otro modo: el objeto de la filosofía, “lo verdadero, la idea”, no consiste “en generalidades vacías..., sino en un general que es en sí mismo lo específico y determinado. Si lo verdadero es abstracto, no es verdadero... La filoso-

(49) MARCIC, op. cit., (nota 8), pág. 41.

(50) VIEHWEG: *Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung* en ARSP 47 (1961) 519 ss.

(51) Cfr. JASPERS: *Einführung in die Philosophie* 1953 (y ediciones posteriores), pág. 14 ss.

(52) Cfr. sobre lo siguiente Albert KELLER: *Grenzen der Sprache in der Philosophie* en “*Stimmen der Zeit*” 184 (1969) 329 ss.



fía es lo más enemigo de lo abstracto, reconduce a lo concreto” (53)

Si seguimos a HEGEL en esta línea, se hace notorio que el objeto formal de la filosofía, por el que se diferencia de las ciencias particulares, no puede expresarse en conceptos generales ni, por tanto, definirse: determinarse por un limitado número de características —de aquí que HEGEL diga también que en la filosofía no hay una terminología en sentido propio (54). Exactamente lo mismo opina también LARENZ, cuando hace notar que el concepto *abstracto*, la enumeración de características particulares en una “definición”, no es la forma apropiada para expresar lo que quiere decirse con “contenido esencial” (55). La filosofía —y lo mismo la filosofía del derecho— tiene efectivamente que ver en sus pensamientos con objetos concretos: Dios, naturaleza, espíritu (56); trata a fin de cuentas del ser, la verdad, la bondad, la justicia, la equidad, y de la orientación del hombre, su personal autorrealización. Verdad, bondad, personalidad libertad... no son sin embargo conceptos generales, si se entiende por concepto general aquél “cuyo contenido tomado de varios particularizadamente, puede afirmarse con la multiplicación del suyo mismo”; con otras palabras: que permite formar de sí un plural (57). Al igual que el nombre propio, el concepto de justicia no designa tampoco algo general-abstracto, sino un singular: la ipsa res iusta (58).

Con ello estamos en el núcleo de nuestro problema. Por una parte, es seguro que sin lenguaje es imposible la filosofía. La filosofía vive en él y de él, pues le lenguaje es “la herramienta del pen-

(53) HEGEL: *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie I*, Ed. Suhrkamp, t18, 1971, pág. 43. No podremos entrar aquí en la doctrina del “concepto general-concreto” que en última instancia se remonta a Hegel. Detenidamente sobre esto LARENZ, op. cit., (nota 6), pág. 473 ss., y ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2.^a ed. 1968, pág. 30, ss., 256 ss.

(54) HEGEL: *Wissenschaft der Logik I*, Ed. Suhrkamp, t5, 1969, pág. 20 s.

(55) LARENZ, op. cit. (nota 6), pág. 489 (subrayado en el original).

(56) HEGEL, op. cit. (nota 54), pág. 23.

(57) DE VRIES, Artículo: *Allgemeinbegriff* en *Philosophisches Wörterbuch* ed. por W. BRUGGER, 8.^a ed. 1961, pág. 7 s. Como en el texto también KELLER, op. cit., (nota 52), pág. 338 s.

(58) Cfr. TOMAS DE AQUINO: *Summa theologica* 2, II, 57, 1.

sar”, “el cuerpo del pensamiento” (59). Por otra parte, sin embargo, el lenguaje se muestra insuficiente para la filosofía en un doble aspecto. De una parte, en el aspecto *semántico*: no es posible presentar lingüísticamente de manera adecuada lo pensado en la filosofía, ni incluso siquiera pensarlo (60). *El lenguaje no basta para filosofar*. De otra, en el aspecto *pragmático*: a causa de su insuficiencia el lenguaje fracasa considerablemente como medio de comprensión acerca de cuestiones filosóficas. *El lenguaje no basta para una comunicación filosófica*. Por lo cual, nunca se podrá llegar a que a través de una comprensión global sobre los problemas fundamentales del *Dasein* humano se margine todo conflicto y queden con ello desterrados para siempre la dominación violenta, el poder y la guerra. Pues el logro de esta meta no es sólo una cuestión de buena voluntad, sino también, y no en último lugar, un problema lingüístico. Esto es en el fondo una experiencia muy habitual. ¿Por qué, por ejemplo, hablan una y otra vez sin entenderse viejos y jóvenes, sino porque les falta el lenguaje a través del que su deseo, su “Weltanschauung” pueda expresarse comprensiblemente para los otros? (también “Welt” es ya un producto del lenguaje, y, porque ningún hombre piensa y habla el mismo lenguaje que cualquier otro, tiene cada uno su propio mundo).

El objeto de la filosofía no consiste, diríamos con HEGEL, en generalidades abstractas, sino en un general que es en sí mismo lo especial, determinado y concreto. Sólo cabe afirmar, participar y también normar (“colocar bajo un denominador”) lo general, al menos lo típico y repetible, y no lo individual en su unicidad: *individuum est ineffabile* (61). Una palabra que sólo fuese aplicable a una situación o acción única e irrepetible no puede existir por razones semánticas; no “significaría” nada en absoluto. Por esto los objetos de la filosofía, singulares por esencia: el ser, lo verdadero,

(59) August BRUNNER: *Erkenntnistheorie*, 2.^a ed. 1948, pág. 21; véase en general pág. 19 ss. Más cercano a ello mi aportación al *Engisch-Festschrift* (nota 37), pág. 251 ss. (con más referencias).

(60) Informativo LAMPE: *Juristische Semantik* 1970, que por lo demás no entra en nuestro problema.

(61) Más detenidamente al respecto, sobre todo el problema de la igualdad, que asimismo es esencialmente un problema filosófico-lingüístico: Arthur KAUFMANN *Analogie* (nota 30), pág. 22 ss., 36 ss.

lo bueno, lo justo, escapan a una expresión y proposición directa, y se expresan más bien sólo *mediatamente* como aquello “en base a lo cual el hombre se prueba preformado, y, a la inversa, personalidad, razón y libertad del hombre se expresan sólo como ese activo estar referido, que determina específicamente la forma del actuar humano en relación a lo particular, en su individualidad, y nunca totalmente separable de él” (62).

De lo dicho resulta claro que los objetos de la filosofía sólo son expresables en conceptos que incluyen a quien los usa, y por tanto expresan también algo de él mismo. Pues lo que estos conceptos expresan no es un “objeto” totalmente independiente del individuo que habla, sino una *relación* (63). Si yo, por ejemplo, utilizo el concepto “orden”, entra en él necesariamente algo de mí mismo (pues para mí orden *es* algo —relativamente— distinto que para mi vecino). Si no se hace transparente esta relacionalidad del concepto “orden” (64), se hablaría de una manera u otra sin mutuo entendimiento. Porque en palabras de este tipo se incluyen en su significado no sólo las experiencias hechas con ellas, respecto a las que puede darse proporcionalmente una gran concordancia, sino también el otro interlocutor, por lo que no cabe nunca hacerlas transparentes. Como consecuencia, las afirmaciones de hombre a hombre son en este caso aún más diferenciables que en el caso de aplicación de palabras “acostumbradas”.

Como ya resalta en lo arriba dicho, la imposibilidad de presentar lingüísticamente de manera adecuada los objetos de la filosofía radica en última instancia en la *analogicidad* de estos objetos. El significado de palabras como “el ser”, “lo verdadero”, “lo bueno”, “lo justo”, no puede ni aprehenderse inductivamente ni

(62) KELLER, op. cit., (nota 52), pág. 341.

(63) Hablar aquí de “conceptos singulares”, como hace KELLER, op. cit. (nota 30), pág. 339 ss., apoyándose en STEGMÜLLER parece equivocado o al menos equívoco. De un singular no cabe construir un concepto. Así “Rhein” no es un concepto (cfr. con todo METZKE, *Handlexikon der Philosophie*, 2.^a ed. 1949, pág. 47, que lo llama “concepto individual”). La caracterización más acertada del concepto mencionado arriba en el texto podría ser “concepto relacional” o “concepto análogo”; véase mi escrito sobre la analogía (nota 30), pág. 23 ss. (con más indicaciones).

(64) Cfr. ya TOMAS DE AQUINO *Summa theologica* I, 116, 2; “Ordo non est substantia, sed relatio”.

concluirse deductivamente. Si quiero decir en concreto lo que es justo, acudo a símbolos, símiles y ejemplos que sólo pueden ser entendidos por mi interlocutor si capta el *tertium comparationis*. Pero ciertamente este *tertium* está determinado de manera decisiva por mi singularidad individual, que fundamentalmente no es transferible.

Se podría seguir tejiendo estos hilos y mostrar que también el problema del *Sein* y del *Sollen*, se basa en la analogicidad esencial y originaria del derecho (65). Precisamente con el *Sollen* ocurre que a causa de sus componentes individuales y singulares no es definible ni por tanto adecuadamente compartible. Cuando, por ejemplo, en el parágrafo 223 StGB se dice que no se debe maltratar corporalmente, y los comentaristas interpretan la palabra "maltrato" como "tratamiento malo o inconveniente", el que busca saber que se entiende aquí por "maltrato", no se vuelve sin duda más perspicaz por esta interpretación que no es realmente ninguna. Sólo los ejemplos aducidos en los comentarios dan realmente información. Pero éstos sólo garantizan un consenso intersubjetivo en la medida en que existan juegos lingüísticos institucionalizados con seguridad: modelos de conducta acostumbrados, estereotipos, standars (66). Cuando se perturba la intersubjetividad pierden los ejemplos su función indicativa, su carácter como prototipo de la cosa mencionada. Así por ejemplo, hoy apenas serían apropiados para aclarar el "concepto" de acto deshonesto (*Unzucht*) en sentido jurídico penal la cohabitación entre prometidos, el beso en la boca, la fotografía artística de desnudos, las relaciones del profesor con la alumna de 20 años de edad... Esta caducidad de standars hasta ahora válidos trae como consecuencia que nadie sepa que es hoy penable como acto deshonesto. No arregla nada que en el *Projecto-Al-*

(65) Véase Arthur KAUFMANN: *Analogie* (nota 30), pág. 14 ss. Coincidente KLENNER, op. cit., (nota 3), especialmente pág. 1626. Desde otra perspectiva, pero no esencialmente discrepante en el tema: ELLSCHEID *Das Problems von Sein und Sollen in der Philosophie Immanuel Kants*, 1968.

(66) Cfr. sobre ello SCHAFF: *Essays über die Philosophie der Sprache* 1968, especialmente pág. 105 ss.; STRACHE *Das Denken in Standards; Zugleich ein Beitrag zur Typologie* 1968 y más recientemente ESSER *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* 1970, especialmente pág. 47 ss., 63 ss.

ternativa se sustituya la palabra “Unzucht” por la caracterización “acciones sexuales de alguna consideración” (67). La inseguridad jurídica existente se evitaría si entraran en juego nuevos modelos de conducta. Esto, sin embargo, no cabe lograrlo por decreto. Con la promulgación de un precepto legal dado en general no se determina en modo alguno el *Sollen* concreto.

El fallo del lenguaje para la filosofía por tanto se funda, como se ha señalado, en que los conceptos específicamente filosóficos no son general-abstractos, sino que tienen un componente individual no desprendible del que filosofa, que no se deja participar de manera adecuada. Por ello es también imposible “enseñar” filosofía —consideración filosófica— como se enseña una especialidad dogmática o también, en cierto modo, historia de la filosofía. En las ciencias particulares las cosas son de otro modo. En ellas se puede, como hoy en la era de los computadores se intenta y se lleva a cabo por doquier, unificar progresivamente el lenguaje a través de una formulación y formalización interdisciplinar, mediante la creación de un “metalenguaje”. La filosofía por el contrario se sustrae a estos esfuerzos. Si se desarrollara un lenguaje artificial o se encontraran unas reglas lingüísticas para prevenir la equivocidad del lenguaje filosófico, el resultado no sería un lenguaje filosófico comprensible más o menos mejor, sino un lenguaje que precisamente por su univocidad sería totalmente inadecuado para filosofar (68). En las ciencias obtendrá el computador una importancia continuamente creciente, pero no podrá nunca filosofar. Pues la comunicación filosófica se da entre distintos hombres individuales sobre una distinta situación y experiencia. Para esto no sirve en absoluto un lenguaje unívoco o totalmente formalizado. La equivocidad es esencial al hablar filosófico.

¿Pero qué debe ser entonces el hablar filosófico?

(67) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches* t3, Parte especial: delitos sexuales y otros, 1968 (véase especialmente pág. 15).

(68) Cfr. HASSEMER, op. cit. (nota 43), especialmente pág. 17 ss.; también Arthur KAUFMANN en *Engisch-Festschrift* (nota 37), pág. 255 ss.

V. LA FUNCION DE LLAMADA DE LA FILOSOFIA

El hablar filosófico no se propone, al menos primordialmente, transmitir saber o dar prescripciones concretas de acción. Su sentido propio radica más bien en invitar al que escucha "a consumir en un comprender para sí y a su única e incomunicable manera, lo que allí se ha dicho" (69). La filosofía es "una llamada a la razón" (70), es *llamamiento a la autorreflexión*, impulso a que el hombre reflexione sobre sí mismo, sobre su peculiar y más íntima orientación y sobre las metas de su actuar, para que sea totalmente él mismo (71), a través de lo que además, como dice WITTGENSTEIN, hace para él "el mundo otro" (72). La filosofía es una continua provocación, un perturbador, un alborotador (73), pues no permite ninguna pausa, ningún resignarse con una situación alcanzada, sino que exige más bien una permanente vigilancia crítica.

¿Y qué ocurre con la filosofía del derecho? Tampoco ella es un sistema de proposiciones o de instrucciones, ni de las llamadas normas de derecho natural, sino que es una invitación a remodelar cualitativamente el derecho existente a través de una permanente reflexión crítica, de manera que se vuelva más y más él mismo: derecho esencial y real. Filosofía del derecho es provocación para defender al derecho contra la injusticia siempre acechante, para hacerlo más justo y humano — y esto significa a la vez: para cambiar la sociedad en base a la justicia. Ciertamente el derecho plenamente justo y humano es, como el hombre plenamente libre y en paz, una utopía. Pero esto no es argumento alguno contra la necesidad de una reflexión filosófica. La verdad de la utopía radica en que al hombre se le propone que una y otra vez se modifique a sí mismo y al mundo, por tanto también al derecho, en base a su meta utópi-

(69) KELLER, op. cit. (nota 52), pág. 341.

(70) PERELMAN *Über die Gerechtigkeit* 1967, pág. 159.

(71) Cfr. RYFFEL, op. cit., (nota 15), pág. 91 y ss., también pág. 42 y s.; OELMÜLLER, artículo *Praktische Philosophie* en *Staatslexikon*, t10, 6.^a ed. 1970, columna 957 y ss. KELLER, op. cit. (nota 52), pág. 342.

(72) WITTGENSTEIN: *Tractatus logico-philosophicus*, 6, 43.

(73) Así JASPERS: *Kleine Schule des philosophischen Denkens*, 1965, pág. 165, 174.

ca (74). El que renuncia a aspirar a lo utópico ha renunciado a sí mismo.

Se habla actualmente mucho, sobre todo por los defensores de la llamada "teoría crítica" y de la "nueva izquierda" inspirada por ella, de la "unión de teoría y praxis" (75), y se exige llevar el proceso de reflexión crítica a su punto más extremo, en el que la filosofía teórica se convertiría en praxis superándose a sí misma, o en el que, para hablar como HABERMAS, "conocimiento e interés se vuelven uno" (76). Pero esto es imposible. El hombre, la sociedad, el derecho, cambian continuamente, y por ello la reflexión crítica no puede concluirse nunca. No hay un último número —a lo más un "último día", que comienza cuando el hombre se autodestruye queriendo volverse absoluto.

Es ciertamente correcto que el sentido de la teoría no puede ser dejar a los hombres y a su mundo en su completa miseria, sino que su tarea es más bien influir en el mundo de lo dado conformándolo y cambiándolo. Pero la teoría no transforma sometiéndose a la praxis, sino precisamente en la medida en que es y permanece teoría. Pues cada acto de reflexión, cada comprensión hermenéutica de sentido, pone en movimiento al mundo. Ningún hombre sigue siendo el mismo si se entrega al proceso del pensar. E incluso la ley

-
- (74) Cfr. U. SCHMIDHÄUSER *Die Wahrheit der Utopie* en "Radius" n.º 4, 1969, pág. 33 ss. —utopía se entiende aquí la manera de BLOCH como "utopía concreta" en oposición a la "abstracta, extravagante, mala utopía", a la "mera fantasmagoría"; véase *Das Prinzip Hoffnung* (nota 39), especialmente pág. 129 ss. Sobre ello también MAIHOFFER *Ideologie und Recht en Ideologie und Recht*, ed. por Werner MAIHOFFER 1969 especialmente pág. 22 ss.
- (75) Representativo HABERMAS: *Theorie und Praxis* 3.ª ed, 19, 1969, así como *Erkenntnis und Interesse* 1968. Sobre esto la notable apreciación y crítica de THEUNISSEN *Gesellschaft und Geschichte: Zur Kritik der Kritischen Theorie* 1969; más de lejos ROHRMOSER *Das Elend der kritischen Theorie* 1970 y W. R. BEYER *Praxisnahe und praxisferne Philosophie* en *Die "Franfurter Schule" im Lichte des Marxismus; Zur Kritik der Philosophie und Soziologie von Horkheimer, Adorno, Marcuse, Habermas*, ed. por J. H. von HEISELER y otros, 1970, pág. 26 ss.
- (76) HABERMAS: *Technik und Wissenschaft als "Ideologie"*, 1968, pág. 163. Críticamente sobre ella Arthur KAUFMANN *Rechtstheorie* (nota 27), pág. 1 ss.

hermenéuticamente desarrollada es distinta de la que era antes (77). La aplicación de una regla incluye siempre su interpretación, y con ello a la vez también su perfeccionamiento (78). La conocida tesis 11 de MARX sobre FEUERBACH (79) no es tan revolucionaria como muchos creen. Pues la *interpretación* del mundo —entendiendo “interpretación” no positivista sino hermenéuticamente— incluye ya de manera inevitable su *cambio*. Esto ha sido siempre así, sólo que muchos no eran ni son conscientes de ello (80).

La reflexión filosófica, aunque sea de naturaleza teórica, persigue en todo caso objetivos prácticos y arrastra tras de sí consecuencias prácticas. La reflexión filosófica sobre el derecho de resistencia, por ejemplo, posibilitó el cambiar decisivamente la conciencia sobre lo que es derecho, de manera que la disposición a defender el derecho contra una tiranía se robustece o paraliza, según el sentido en que el cambio de conciencia tenga lugar. No es necesario puntualizar qué consecuencias tuvo para nuestro pueblo la filosofía positivista del derecho de resistencia: esta filosofía fue casi mortal. El ejemplo muestra, sin embargo, también que el filosofar no es un palique estético sin compromiso, que nada tiene que ver con la realidad. Como determinación de sentido del *Dasein* humano es más bien un hacer de inmediato alcance práctico y político (81). *Filosofar quiere decir no en último lugar: asumir responsabilidad política*.

La fatalidad de la filosofía del derecho alemana en los tres primeros decenios de nuestro siglo fue que se entendiera mal la relación entre filosofía del derecho y política, y la responsabilidad política del filósofo del derecho resultante de ella —aunque por el contrario ya RADRUCH había llamado muy claramente la atención sobre este extremo: “si la filosofía del derecho”, escribía en 1932, “es por

(77) Cfr. GIL-CREMADES, op. cit. (nota 27), pág. 38 ss.; RYFFEL, op. cit. (nota 15), pág. 379 ss.; ESSER, op. cit. (nota 66), pág. 133 ss.; Arthur KAUFMANN en *Engisch-Festschrift* (nota 37), especialmente pág. 258 ss.

(78) HABERNAS: *Zur Logik der Sozialwissenschaften* en “Philosophische Rundschau”, suplemento 5, 1967, pág. 154.

(79) MARX, *Die Frühschriften* Ed. Kröners Taschenausgabe, vol. 209, 1953, pág. 341. Sobre ello ROTENSTREICH *Marx' Thesen über Feuerbach* en ARSP 39 (1950-51) 338 ss.; 482 ss.; especialmente 502 ss.

(80) Tampoco yo lo comprendí en mi artículo en JZ 1963, 137 ss. (véase nota 32).

(81) Concidente RYFFEL, op. cit. (nota 15), pág. 99.

una parte la lucha política de los partidos trasladada a la esfera del espíritu, por otra, la plantea a la vez como una grandiosa discusión filosófico-jurídica. Todas las grandes transformaciones políticas fueron preparadas o acompañadas por la filosofía del derecho. En el inicio estuvo la filosofía del derecho, al final la revolución" (82) —o, podríamos nosotros completar hoy, el fracaso.

Deberíamos aprender de estas experiencias. La filosofía del derecho no puede en adelante permanecer al margen, cuando se trate de las cuestiones sobre el destino del hombre y de la sociedad humana; debe ser más bien la antorcha que precede a la política.

¿Para qué filosofía del derecho hoy? Para hacer el derecho más justo y con ello las relaciones más humanas.

(82) RADBRUCH, op. cit. (nota 5), pág. 100.