

Arthur  
Kaufmann

# Filosofía del derecho

Universidad  
**Externado**  
de Colombia

FILOSOFÍA  
DEL  
DERECHO

ARTHUR

KAUFMANN

PROFESOR EMÉRITO DE LA UNIVERSIDAD DE MÚNCHEN

# FILOSOFÍA DEL DERECHO

LUIS

VILLAR BORDA (TRADUCCIÓN)

ANA MARÍA

MONTOYA (TRADUCCIÓN)

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

ISBN 958-616-408-x  
ISBN 978-958-710-526-I E-BOOK  
ISBN ePub 978-958-710-966-5

© 1999, 1997, ARTHUR KAUFMANN  
© 1999, LUIS VILLAR BORDA (TRAD.)  
© 1999, ANA MARÍA MONTOYA (TRAD.)  
© 1997, C. H. BECK'SCHE VERLASBUCHHANDLUNG  
(OSCAR BECK)  
© 1999, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá  
Teléfono (571) 342 0288  
[www.uexternado.edu.co](http://www.uexternado.edu.co)  
[publicaciones@uexternado.edu.co](mailto:publicaciones@uexternado.edu.co)

Segunda edición: München, 1997  
Traducción de la segunda edición: Bogotá, agosto de 1999

ePub x Hipertexto Ltda. / [www.hipertexto.com.co](http://www.hipertexto.com.co)

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son de responsabilidad del autor.

*A mis hijos  
Thomas, Gabriele, Mechthildy Judith, y  
nietos, Alexandra, Hannes, Katharina y Finn*

## PRESENTACIÓN

Arthur Kaufmann nace en Singen/Hohentwiel, en 1923. Entre 1945 y 1949 estudia derecho en Heidelberg. En 1949 se doctora bajo la dirección de Gustav Radbruch y de 1952 a 1957 se desempeña como juez en el Landgericht de Karlsruhe. Entre 1957 y 1960 estudia filosofía en Heidelberg y se habilita en derecho penal, derecho procesal penal y filosofía del derecho en la misma ciudad. A partir de 1960 es catedrático en esas materias en Saarbrücken, y desde 1969 en Munich; es Director del Instituto de Filosofía del Derecho e Informática Jurídica de la Universidad de Munich. En 1970 es nombrado doctor *honoris causa* de la Universidad Keio de Tokio y en 1987 de la Universidad de Atenas. Es miembro de la Academia Bávara de Ciencias y de numerosas Academias y Sociedades extranjeras, así como Presidente Honorario de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social.

De sus más de trescientos cincuenta trabajos científicos y publicaciones sólo se mencionan los más importantes: *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, 1949 (reimpr. 1984); *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, 1964; *Analogie und Natur der Sache*, 1965 (2ª ed., 1982); *Die Ontologische Begründung des Rechts*, 1965 (compilador y autor); *Schuld und Strafe*, 1966 (2ª ed., 1983); *AlternativEntwürfe zum Strafgesetzbuch, zum Strafvollzugsgesetz, zur Strafprozessordnung und zur Sterbehilfe*, 10 Vols., 1966 y ss. (coautor); *Rechtstheorie*, 1971 (compilador y autor); *Widerstandsrecht*, 1972 (coordinador); *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 1971, con W. Hassemer; *Rechtsphilosophie im Wandel*, 1972 (2ª ed.,

1984); *Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart*, 1976; *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*, 1983; *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, 1984; *Theorie der Gerechtigkeit; Problemgeschichtliche Betrachtungen*, 1984; *Gerechtigkeit - der vergessene Weg zum Frieden*, 1986; *Prozeduralen Theorien der Gerechtigkeit*, 1989; *Das Gewissen und das Problem der Rechtsgestaltung*, 1990; *Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit; Aspekte des Widerstandsrechts von der antiken Tyrannis bis zum Unrechtsstaat unserer Zeit; vom leidenden Gehorsam bis zum zivilen Ungehorsam im modernen Rechtsstaat*, 1991; *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, 2ª ed., 1992 (2ª ed. española de Edit. Temis, Bogotá, 1998); *Über Gerechtigkeit*, 1992.

El Profesor Kaufmann es compilador y editor de las Obras Completas de Gustav Radbruch en 20 volúmenes, 1987 y ss.

Algunas de sus obras han sido traducidas al español, al inglés, al chino, al italiano, al griego, al japonés, al coreano, al portugués, al serbio, al húngaro y al polaco.

La presente edición de la *Filosofía del Derecho* del Profesor Kaufmann corresponde a la segunda de esta obra, München, 1997, C. H. Beck Verlagsbuchhandlung, y se publica por primera vez en lengua española gracias a la generosa autorización del autor para ser traducida con destino a la Universidad Externado de Colombia.

Debemos advertir al lector que el capítulo VI fue ampliado y modificado por el autor para esta edición, de tal manera que difiere en numerosos aspectos de la última edición alemana. El Profesor Kaufmann estimó que era necesario rehacer esta parte tan importante de la obra.

Al expresar el reconocimiento de la Universidad, y en particular de su Rector, doctor Fernando Hinestrosa, por la deferencia del Profesor Kaufmann, queremos hacerlo extensivo a la casa editorial alemana C. H. Beck por su

gentileza en la negociación de los correspondientes derechos.

Las dificultades y esfuerzos que implicó la traducción quedan abundantemente compensados con la satisfacción de entregar al público de habla hispana un libro de capital importancia para la reanimación de la filosofía del derecho y los estudios jurídicos, en el que se debaten numerosos temas de interés actual, junto a los tradicionales de la filosofía del derecho y la teoría jurídica.

El principio de tolerancia, formulado por Kaufmann como imperativo categórico, guía su pensamiento, tal como se hace patente por la forma objetiva y minuciosa de presentar corrientes y doctrinas que no comparte o sólo acepta parcialmente y relacionar autores que cubren todo el espectro de la filosofía del derecho clásica y contemporánea.

Este libro está dirigido sin duda a los expertos, pero también a los estudiantes y a todos aquellos que se interesan por un saber iusfilosófico ajeno a dogmas, que haga propicias la controversia y la confrontación de tesis, características del conocimiento verdadero y de la libre investigación científica.

Como traductor entiendo que este no es el lugar adecuado para discutir aspectos del fondo doctrinal de la obra, con los cuales difiero, sin que por ello se disminuya mi admiración y respeto por el ilustre iusfilósofo germano. Seguramente no pocos de esos puntos darán origen a una productiva controversia entre estudiosos e interesados en la filosofía del derecho y la teoría jurídica, lo cual contribuirá aún más a la necesaria puesta al día de temas que conciernen no sólo a los juristas, sino a la sociedad entera.

Me es grato, finalmente, agradecer a la doctora Ana María Montoya por su eficaz colaboración en la traducción de varios capítulos, al doctor Antonio Milla, Director del

Departamento de Publicaciones de la Universidad, por su interés en la realización del proyecto editorial y en especial al doctor Fernando Hinestrosa, Rector de la Universidad Externado de Colombia, por su decidido apoyo y su constante estímulo, que hicieron posible convertir en realidad este propósito.

Luis Villar Borda

## PRÓLOGO DE LA SEGUNDA EDICIÓN

*Habent sua fata libelli.* También este libro tiene una historia. Sobre su origen se ha producido un malentendido que sin duda yo mismo propicié. En el prefacio de la primera edición dije que al libro lo había precedido una serie de artículos bajo el título “Filosofía del derecho para reflexionar”, en la revista *Jura*. Esto ha llevado a la errónea idea de que el libro sólo sería un ulterior resumen, más o menos correspondiente a los artículos de la revista. Esto, sin embargo, no es así. Los ensayos de la revista provienen del manuscrito del libro, no éste de aquellos. Desde el comienzo surgió el esquema de un libro integral y así se elaboró esta obra. Cuando ya el manuscrito estaba terminado se me solicitó escribir para *Jura* una serie iusfilosófica. Yo correspondí a esa solicitud poniendo a disposición algunas versiones abreviadas, en la mayor parte notoriamente sintetizadas del manuscrito. Poco después apareció la primera edición del libro, que ya en esa versión sobrepasa ampliamente la serie de *Jura*. Con mayor razón vale decir esto en la segunda edición, reelaborada en gran parte y considerablemente ampliada. Pero con ello no termina todavía la historia del nacimiento de este libro. Al escribirlo tenía también el deseo de trabajar en otra obra iusfilosófica con el título “El principio de tolerancia. Filosofía del derecho en la sociedad pluralista de riesgo”. El proyectado libro debía empalmar con el presente, en cuyas últimas páginas apuntaba el tema de la obra en perspectiva. Pero ocurrió algo que no estaba previsto. Secuelas tardías de una herida de guerra afectaron tan seriamente mi capacidad que sólo muy limitadamente pude proseguir mi actividad científica.

Sin la desinteresada ayuda de fieles compañeros de trabajo, esta nueva edición revisada no habría podido aparecer.

Felizmente cuando me sorprendió la enfermedad tenía ya formulados en el papel algunos materiales del libro programado. Esos textos los integré ahora en el libro actual y, hasta donde es posible, los actualicé (con indicación de nueva literatura). Esto se muestra en muchos aspectos, en forma particularmente clara en el bastante amplio capítulo XX, al cual he dado el título que habría de llevar el libro deseado, o sea el mencionado anteriormente. Este capítulo contiene, si bien no en todos los detalles sí en el conjunto, el programa de ese libro.

Junto a otros propósitos tenía interés en intentar en el libro proyectado la confrontación de las teorías de argumentación más formales con teorías de contenido. Las reglas formales de argumentación son necesarias, pero ellas solas no pueden ser suficientemente normativas para el discurso práctico, mucho menos para determinarlo, pues son demasiado generales para esto. Por eso éstas no pueden sustituir a las *reglas de argumentación de contenido*. Como objeto de mi estudio pensaba en la bioética. Esta es muy actual, las decisiones, en su mayor parte *riesgosas*, adquieren gran trascendencia práctica, a lo cual se agrega la particularidad de que ordinariamente no se puede alcanzar ningún consenso en cuestiones de riesgo. Es aún dudoso si aquí se trata de un discurso *normativo*, que frecuentemente no suministra el *único* resultado “correcto” sino una *pluralidad* de resultados “tolerables”, lo que permite prever las dificultades materiales y metodológicas que han de afrontarse. En los capítulos XI (II) y XX se encuentran más detalladas explicaciones sobre estos problemas.

Y todavía algo más sobre la historia del nacimiento de este libro. La primera edición tenía el título de “Problemas

fundamentales de la filosofía del derecho; una introducción al pensamiento iusfilosófico". Escogí ese título para no despertar la idea de que se ofrecía *toda* la filosofía del derecho. Puesto que la segunda edición se ha ampliado considerablemente, el título anterior no se acomoda más. Sin embargo, el nuevo título de *Filosofía del Derecho* no me parece por completo carente de problemas. La época de los "sistemas", de la exposición más completa y cerrada posible de la filosofía del derecho ya pasó. La *Filosofía del Derecho* de Gustav Radbruch (1932) fue la última de esa clase. En nuestro complejo mundo tales sistemas no pueden darse más. A pesar de ello me decidí por el título *Filosofía del Derecho* y a decir verdad por un motivo enteramente pragmático. Ese título es utilizado también hoy generalmente para presentaciones sistemáticas (pero no "cerradas") de la filosofía del derecho. Actualmente hay por lo menos seis libros en lengua alemana con el mencionado título. Puesto que estos no son más "completos" que el presente libro, estimo factible darle igualmente el título de *Filosofía del Derecho*. En la nueva edición se encuentran muchos *nuevos capítulos o apartes*: lógica, antropología jurídica, libertad, tolerancia, espacio libre de derecho, pluralismo, decisiones de riesgo y otros más. Acerca de la lógica ha de decirse que yo sólo trato los elementos esenciales de la lógica tradicional ("aristotélica"), que todo jurista debe dominar y sobre todo utilizar correctamente (por experiencia sé que siempre se tropezará de nuevo con las reglas lógicas fundamentales). Para la lógica formal ("matemática") se requieren algunos conocimientos previos, que no tengo por qué suponer en los lectores de este libro y que exigen el estudio de literatura especializada. Sobre la *antropología jurídica* había apenas unas pocas frases en la edición anterior. Considero difícil exponer en un reducido espacio una disciplina jurídica que todavía no se ha

encontrado del todo consigo misma. Esto, no obstante, no es aceptado así en todas partes. Por eso la nueva edición contiene una exposición quizás demasiado extensa de la antropología jurídica [tomada del libro *Introducción a la Filosofía del Derecho y la Teoría Jurídica Contemporánea* de Kaufmann y Hassemer (Eds.). 1994].

Reiteradamente se me sugirió ampliar el capítulo sobre la “Historia de la filosofía del derecho”. No pude, empero, decidirme a ello. Conforme al bosquejo de este libro, la temática histórica no debería ir más allá de lo que las finalidades propias del libro exigían. A quien se interese por un trabajo más minucioso se le remite a mi exposición en la *Introducción* ya mencionada. Allí se encuentran también referencias de obras históricas aún más completas.

En especial quisiera indicar que para mí se trata esencialmente de una filosofía del derecho de *contenido*. Yo hablo sobre “cosas”. Hoy no hay muchos más filósofos del derecho que hagan lo mismo. La mayor parte se dedican a los puntos centrales, cuando no exclusivamente a los problemas formales, en especial las reglas de procedimiento para el discurso y la argumentación, las teorías procesales de la verdad y la justicia y los discursos éticos orientados procesalmente. En tanto se delibera sobre la justicia, esto sucede casi sin excepción bajo reducción al *principio formal de igualdad*. El índice de materias ya puede mostrar que esos problemas tampoco son abreviados demasiado en este libro. Pero yo no me restrinjo a ellos. Para mí los contenidos son tan importantes como la forma. El hecho de que la mayor parte de los expertos se limiten hoy en lo esencial a los problemas procesales, no obedece en general a que les parezcan los contenidos menos importantes. Ellos son más bien de la opinión de que ocuparse con contenidos de la justicia no puede satisfacer las pretensiones científicas. Esto sería mucho más tarea de los políticos que de los filósofos

del derecho. Hay que reconocer francamente que en contenidos, incluso en contenidos normativos, no hay ningún juicio sintético *a priori*, ningún conocimiento exacto. Por eso estoy completamente consciente de que en mis conocimientos de cosas por el estilo se obra *bajo riesgo*; errores son siempre posibles. Yo no eludo, empero, ese riesgo, a diferencia de muchos de mis colegas de oficio, ni tampoco la responsabilidad que de allí se deduce. Pues soy de la opinión -lo he dicho repetidamente- de que los contenidos de la justicia (se trata nada menos que de un posible orden justo de la comunidad) son demasiado importantes como para dejarlos exclusivamente en manos de los políticos partidistas -sin duda necesarios-. Si esto que planteo satisface el concepto de ciencia de este o aquel crítico es algo que asumo con tranquilidad. Pero no quiero merecer el reparo de que hablo sobre cosas que pasan de largo los problemas más apremiantes de nuestro tiempo y nuestra sociedad.

De esta manera el lector encontrará tratados numerosos temas particulares de la *justicia social*, como son: utilitarismo, pluralismo, tolerancia, sociedad de riesgo, bioética, genética humana, medicina reproductiva, clones humanos, interrupción del embarazo, ecología, derechos de la naturaleza (de los animales), guerra y paz, huelgas pasivas, decisión sobre crucifijo del Tribunal Federal Constitucional, el *Manifiesto Comunista* en comparación con las encíclicas sociales de la Iglesia, y aún mucho más. Naturalmente la justicia social tiene todavía otras ramificaciones. La selección se hizo aquí teniendo en cuenta la actualidad. Los temas mencionados son, por cierto, también discutidos en otras ciencias. Pero ellos tienen claro también un *componente filosófico* y son por eso elemento genuino de la filosofía (sobre todo de la ética y la filosofía del derecho). Habrá de subrayarse que los capítulos más

“clásicos” de la filosofía del derecho -principio de igualdad, validez jurídica, concepto de derecho, derecho y moral, entre otros- tienen también amplio campo en este libro.

München, mayo de 1997

## PRÓLOGO DE LA PRIMERA EDICIÓN

El presente volumen quiere ofrecer una “filosofía del derecho para reflexionar”. Naturalmente se entiende por sí mismo que se quiera suministrar material iusfilosófico. Pero el lector no debe simplemente tomar receptivamente ese material sino realizarlo e interpretarlo en forma activa y adoptarlo no sin crítica como posesión propia. El debe, dicho en resumen, ejercitarse en el pensamiento iusfilosófico. El libro no es una exposición sin lagunas de aquello que se denomina “Filosofía del Derecho”. Esto sería de todas maneras imposible. Más bien, las cuestiones materiales discutidas son ejemplos típicos de la filosofía del derecho, en los cuales se puede incitar el filosofar sobre “casos” iusfilosóficos.

München, febrero de 1994

## ABREVIATURAS

*AfBG* Archivo de Historia de Conceptos  
*ARSP* Archivo de Filosofía Jurídica y Social  
*ARWP* Archivo de Filosofía Jurídica y Económica  
BGH Tribunal Federal  
*BGHSt* Decisiones del Tribunal Federal en causas penales  
*BGHZ* Decisiones del Tribunal Federal en causas civiles  
BVerfG Tribunal Constitucional Federal  
*BVerfGE* Decisiones del Tribunal Constitucional Federal  
BGB Código Civil  
*DÖV* La Administración Pública  
DRiG Ley judicial alemana  
EGBGB Ley Introductoria al Código Civil  
*Eth* Ética - Ciencia y responsabilidad  
*FamRZ* Revista del Derecho de Familia  
GA Archivo Goltdammer de Derecho Penal  
GVG Ley del Tribunal Constitucional  
GG Ley Fundamental de la República Federal Alemana  
GRGA Obra Completa de Gustav Radbruch, editada por A. Kaufmann, 20 Vols., 1987 y ss.  
*HbphilGrB* Diccionario Histórico de Filosofía, reelaborado, 12 volúmenes de texto y uno de índices, 1971 y ss.  
*JA* Revista Jurídica Laboral  
*IjbRPhuG* Anuario Internacional de Filosofía del Derecho y Legislación  
*IStudRuSt* Estudios Interdisciplinarios sobre el Derecho y el Estado  
*JbRsozuRTh* Anuario de Sociología del Derecho y Teoría del Derecho

*JBL Hojas Jurídicas*  
*JZ Diario Jurídico*  
*Jura Estudios Jurídicos*  
*JuS Práctica Jurídica*  
*MEW Obras de Marx y Engels*  
*MDR Revista mensual de Derecho Alemán*  
*N. F Nueva versión*  
*NJW Nuevo Semanario Jurídico*  
*ÖJZ Diario Jurídico Austriaco*  
*ÖZöffR Revista Austriaca de Derecho Público*  
*PhilJB Anuario Filosófico*  
*RE Enciclopedia Real de la Ciencia de la Antigüedad Clásica,*  
*reelaboración en 80 Vols., 1894 y ss.*  
*RPhH Cuadernos de Filosofía del derecho - Contribuciones a*  
*la Ciencia del Derecho, Filosofía y Política*  
*RuP Derecho y Política*  
*Rth Teoría del Derecho; Revista de Lógica, Metodología,*  
*Cibernética y Sociología del Derecho*  
*RG Tribunal del Reich*  
*RGSt Decisiones del Tribunal del Reich en causas penales*  
*SchwJZ Diario Jurídico Suizo*  
*SchZStR Revista Suiza de Derecho Penal*  
*StGB Código Penal*  
*StPO Código de Procedimiento Penal*  
*SJZ Diario de los Juristas sud-alemanes*  
*TRE Enciclopedia Teológica Real*  
*ZRP Revista de Política del Derecho*  
*ZSchwR Revista de Derecho Suizo*  
*ZstaatsW Revista Completa de la Ciencia del Estado*  
*ZStW Revista Completa de la Ciencia jurídico-penal*  
*ZphilF Revista para la Investigación Filosófica*  
*ZPO Código de Procedimiento Civil*

*Imperativo categórico de la tolerancia:*

*Actúa de tal manera que las consecuencias de tu acción  
sean  
compatibles con la mayor posibilidad de evitar o disminuir la  
misericordia humana.*

A. K.

# INTRODUCCIÓN

## I. FINALIDAD DE ESTE LIBRO

El jurista de hoy se ve confrontado, quizás inevitablemente, con una enorme y siempre creciente abundancia temática, que él intenta dominar, con más o menos éxito, mediante diversos recursos: por medio de ediciones legales de hojas intercambiables (primero las leyes fueron cinceladas en tablas de piedra, hoy se producen en cadena), por medio de ficheros de literatura y jurisprudencia (para poder con esto transmitir rápidamente la “opinión dominante”) y naturalmente por medio del computador. Ya el estudiante de derecho se ve obligado, en atención a la erudición que se le exige en el examen, a aprender de memoria soluciones prefabricadas de problemas e invocar autoridades ajenas en lugar de argumentar él mismo racionalmente. Esto lleva a que el jurista ya durante la preparación, tanto más en el ejercicio profesional, vea como un “lujo” los cursos básicos: historia del derecho, filosofía del derecho y sociología del derecho; un lujo que no se puede dar. No es una sorpresa, entonces, que cada vez sean más escasos los juristas formados.

Uno tiene que encontrarse frecuentemente con la peregrina opinión según la cual ocuparse de filosofía del derecho sólo tiene sentido si también en el futuro se puede realmente filosofar, y que además falta el tiempo necesario. Ciertamente sólo se puede ejercer profesionalmente la

filosofía del derecho cuando se domina el oficio filosófico. Sin embargo, no todo jurista necesita ser un filósofo del derecho profesional. Pero cada jurista debe haber percibido a lo menos una vez un gusto por la filosofía del derecho, a fin de ampliar su ámbito espiritual, su “conciencia de los problemas”. El gran historiador de la cultura Jacob Burckhard escribió en sus *Consideraciones histórico mundiales* (1905): “En las ciencias [...] se puede ser maestro sólo en una esfera limitada, o sea como especialista, y se *debe* serlo en cualquier ámbito. Pero si no se ha perdido la capacidad de orientarse panorámicamente, si se valora de forma debida, entonces se es posiblemente en muchos otros aspectos diletante, aprendiz por cuenta propia con el fin de aumentar conocimientos y enriquecer puntos de vista; de otra forma se permanece un ignorante en todo lo que vaya más allá de la especialidad y no se pasa en esa situación de ser un tosco artesano. Pero al diletante, porque él ama las cosas, quizá le sea posible en el curso de su vida profundizar también efectivamente en diversos campos”. El presente libro fue escrito, no en último término, para aquellos juristas y no-juristas que “aman las cosas”, o sea el derecho (que no es lo mismo que las leyes), y tienen el valor del diletantismo, el cual quizás alguna vez, más tarde o más temprano, sea recompensado con una comprensión más profunda de la relaciones jurídicas. El libro no enseña ningún dogma que pueda aprenderse de memoria y luego repetirse; más bien, quiere enseñar el pensamiento iusfilosófico y estimular su correalización activa.

Los contenidos iusfilosóficos no existen independientemente del filosofar. No hay ni contenidos jurídicos substanciales, existentes de por sí, “esencia” independiente del pensamiento en alguna parte de un cielo ideal, ni tampoco un proceso de conocimiento jurídico

puramente funcional, existente de por sí, en cierta medida “un pensamiento del pensamiento”, que no tiene ningún contenido. El “qué”, el contenido del derecho, y el “cómo”, el proceso de creación jurídica, se aluden mutuamente; el derecho justo (indiferentemente de lo que esto sea) y el proceso de realización del derecho se corresponden necesariamente. O dicho de otra manera: el derecho justo (propriadamente un pleonismo) existe tan poco “sin procedimiento” (tal como el ontologismo-objetivismo) como únicamente “mediante procedimiento” (tal el funcionalismo-subjetivismo); existe sólo “en procedimiento”, que es una realización de “algo” (abolición de la escisión sujeto-objeto en la hermenéutica).

El pensamiento iusfilosófico se puede estudiar, como pensamiento en general, razonablemente, pues sólo en la materia se acredita el pensamiento. Por el contrario, quieren algunos filósofos modernos limitar la filosofía (del derecho) sólo al proceso, al discurso, con ello a lo formal, porque sólo en la esfera de lo formal serían posibles respuestas “de fundamentación final”. Sobre los contenidos del derecho no tendría que decidir la ciencia, sino la política, y esto conforme a las normas de la prudencia. A estas horas se sabe, a lo menos desde Kant, que los conocimientos de contenido efectivamente no son válidos *a priori*, sino sólo *a posteriori*, porque ellos no se apoyan en pensamiento puro, más bien se apoyan en la experiencia. Una filosofía del derecho realista, que quiera decir algo sobre *qué* debe ser y *qué* no debe ser, no puede de todos modos renunciar a la experiencia<sup>{1}</sup>, pero en verdad tiene que renunciar honestamente a la aspiración de poder hacer afirmaciones “finalmente fundamentadas”. Los conocimientos de una filosofía del derecho realista, fundada en la experiencia, son siempre sólo juicios problemáticos, no apodícticos. Sin embargo, aún cuando esto es así, la ciencia no puede

capitular aquí, pues los problemas conforme al contenido del derecho (por ejemplo, el bienestar general) son demasiado importantes como para que ellos pudieran dejarse por entero a los (necesarios), políticos partidistas. El lector de este libro debe tener siempre eso en consideración. Cómo, a pesar de un tal ascetismo teórico-cognoscitivo, puede eludirse un relativismo desmesurado se mostrará en el capítulo XVIII de este libro (epígrafe: Convergencia como criterio de verdad).

## II. SOBRE EL CONTENIDO DEL LIBRO

El índice de materias ofrece una primera ojeada sobre lo que en este libro se ventila. Sin embargo, muchos otros temas que no se incluyen allí son tratados en el correspondiente lugar, por ejemplo: el relativismo iusfilosófico (teoría valorativa), el dualismo metodológico (las relaciones de ser y deber ser), el silogismo lógico (la subsunción), la teoría de las normas, el bien común, el *Manifiesto Comunista*, las encíclicas sociales del Papado, la genética humana, los precedentes del derecho, la tópica jurídica, la retórica jurídica, el derecho y el poder, el derecho y la conciencia.

Quien haya reflexionado sobre ello encontrará que en este libro se trata preponderantemente de *problemas de contenido*. Se debe hacer el intento de desarrollar una *filosofía del derecho material*, que se ocupe de los temas “reales” que plantean los problemas de nuestra época. Ciertamente se indicará a menudo suficientemente que esto no funciona sin forma<sup>{2}</sup>. En nuestro mundo no aparecen jamás, como ya arriba se ha recordado, forma y materia separadas. Sólo una vez ha ocurrido que materia provenga de pura forma: en el momento de la “primera explosión”

(“al comienzo fue la palabra”, la forma pura, el uno, del cual brota la variedad de contenidos del ser); desde el punto de vista científico esto es naturalmente una mera especulación.

De lo dicho resulta que aquellos temas que tienen predominantemente carácter *formal* no deberán ser discutidos, en todo caso no explícitamente, por ejemplo la teoría analítica del derecho (pero en el capítulo III será mencionada) y la *informática jurídica* (que como tal no es filosofía del derecho ni teoría del derecho, sino una técnica, pero cuya aplicación en el derecho exige conocimientos jurídico-teóricos)<sup>{3}</sup>. Estos campos más formales del derecho, de todos modos, no son preferentemente contados como filosofía del derecho, sino más bien como teoría jurídica.

No es posible tratar aquí todos los temas iusfilosóficos en un sistema “cerrado” (concluyente). *Ya no* es posible porque en nuestro complejo mundo puede darse sólo un sistema “abierto” de filosofía del derecho. En antiguas filosofías del derecho, por ejemplo las de Kant y Hegel, pero también en la ampliamente conocida *Filosofía del Derecho* de Gustav Radbruch (él es, junto con Hans Kelsen, el más notable filósofo del derecho en lengua alemana en nuestro siglo; en la época de Weimar fue repetidamente Ministro de Justicia y en esa condición admitió en 1922 a la mujer en todos los oficios jurídicos)<sup>{4}</sup>, se contienen todavía en la discusión iusfilosófica, en una “parte especial”, problemas como propiedad, contrato, matrimonio, herencia, derecho penal, proceso, derecho internacional y otros más<sup>{5}</sup>. Puesto que la filosofía (y la filosofía del derecho es una parte de la filosofía, no así la ciencia del derecho ni especialmente la dogmática jurídica) se orienta siempre hacia el todo, el número de sus temas es infinito. Básicamente de todo se puede hacer tema de la filosofía y de la filosofía del

derecho. En la práctica naturalmente es necesaria una limitación. Las delimitaciones hechas aquí se han expuesto arriba. En esto, en verdad, hay que tener también en cuenta que para estudiar el pensamiento iusfilosófico no se requiere ocuparse de todos -o de la mayor parte- de los temas de la filosofía del derecho; lo importante es que ello ocurra con los temas *típicos*. La escogencia de los temas tratados se hizo también precisamente bajo este aspecto.

### III. LITERATURA

Ya nadie puede abarcar la cantidad de literatura iusfilosófica en lengua alemana. A ello se agrega la literatura en lenguas extranjeras, que no se puede descuidar básicamente (como en una disciplina jurídico-dogmática), pues la filosofía del derecho es una disciplina internacional por excelencia. Además hay que reflexionar sobre lo siguiente. Ningún penalista se ocupará de solucionar un caso con una obra jurídico-penal (comentario, manual) escrita hace cincuenta años, o quizás hace sólo diez; tal literatura tiene casi sólo valor histórico. Completamente distinto es el caso de la filosofía y la filosofía del derecho. Aristóteles, Kant, Hegel... no solamente nos interesan históricamente, antes bien, ellos son todavía importantes para la solución de nuestros problemas actuales, mucho más importantes que un libro de filosofía de 1992. Y finalmente, un tercer punto. La filosofía del derecho es, como ya se dijo, una parte de la filosofía. Por esa razón nadie puede, en principio, *more* geométrico, cultivar la filosofía del derecho si le es completamente ajena la filosofía general (se conceptúa la filosofía *científica*). Pero también es claro que no todo jurista interesado en la filosofía del derecho puede ser experto en la filosofía

general. Aunque una pequeña introducción filosófica deberá haber tenido él a mano alguna vez.

Al comienzo de cada capítulo se encuentran datos más o menos detallados de literatura. Presumiblemente la mayor parte de los lectores no utilizará en absoluto esa oferta. Tampoco es necesario para la comprensión del libro. Pero aquellos que quisieran seguir laborando en estos campos saludarán esa ayuda, cuanto más que para los poco versados es parcialmente difícil informarse sobre la literatura especializada. También se ha suministrado en forma moderada literatura en otros idiomas, para aquellos que quieren trabajar en el extranjero. Puesto que yo no puedo saber bajo cuáles aspectos busca literatura el lector interesado, simplemente he omitido escritos no calificables, pero en lo demás se ha prescindido de una clasificación.

Algunos preguntarán probablemente para qué sirven entonces las notas de pie de página. Ellas tienen el siguiente significado. El conocimiento no es, especialmente en las ciencias del espíritu, como lo ha evidenciado sobre todo la moderna teoría del discurso (Jürgen Habermas), un acto individual monológico, sino que exige un esfuerzo comunicativo. Esta comunicación, este discurso puede también simularse en el propio gabinete de trabajo, de manera que los otros participantes del discurso estén presentes en la forma de sus escritos y sean consultados. Ha de contemplarse la multiplicidad de autores citados en este libro, bajo el punto de vista del “auditorio universal” en el sentido de Perelman (ver luego p. 486). En eso es de considerar (como se expone en el capítulo XVIII, II), que la convergencia de muchos conocimientos sobre el mismo problema ofrece un importante criterio de verdad. Suministrar las fuentes que uno ha utilizado es no sólo un precepto de honestidad, sino en primera línea sirve para que el lector pueda seguir y examinar la vía del

conocimiento del autor. Las notas de pie de página, a menudo escarnecidas, tienen pues una importante función científica.

Sólo remito a escritos propios cuando he hecho en otra parte reflexiones más detalladas sobre el asunto o cuando he abandonado una opinión anteriormente sostenida por mí.

Puesto que en autores cuyo nombre de pila completo no se indica siempre se supone maquinalmente que sean masculinos, yo indico en el caso de *mujeres* el pre-nombre anotado, en tanto se conozca.

## *1. Introducción a la filosofía*

Bloch, Ernst. *Tübinger Einleitung in die Philosophie*, 2 Vols., 1963, 1964; Heidegger, Martin. *Einführung in die Metaphysik*, 1953; Jaspers, Karl. *Einführung in die Philosophie*, 1953 (20ª ed., 1986, Serie Piper 13); Stegmüller, Wolfgang. *Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie; Eine kritische Einführung*, Vol. 1, 6ª ed., 1978; Vol. 2, 8ª ed., 1987; Vol. 3, 8ª ed., 1987; Vol. 4, 1ª ed., 1989; Stein, Edith. *Einführung in die Philosophie*, 1991.

## *2. Filosofía del derecho clásica*

Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, aproximadamente 320 a. C. (el libro V contiene la Doctrina de la Justicia); Tomás de Aquino. *Recht und Gerechtigkeit*, publicación especial en 18 tomos de la edición alemana (latín-alemán), 1987, (con comentario de A. F. Utz). La cita original es la *Summa Theologica* II, II, 57-79, de 1266-1272; Kant, Immanuel. *Metaphysik der Sitten*, 1797, 2ª ed., 1798 (Iª Parte: "Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre"); Fichte,

Johann Gottlieb. *Rechtslehre*, 1812; del mismo, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, 1796; Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts; oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1821.

### 3. Principales obras de la filosofía del derecho contemporánea

Brieskorn N. *Rechtsphilosophie*, 1990; Brito, J. de Sousa e. *Filosofía do Direito e do Estado*, 1987; Coing, H. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 5ª ed., 1993; Dworkin, Ronald. *Law's Empire*, 1986; Engisch, K. *Einführung in das juristische Denken*, 9ª ed. (postuma), 1997 (renovada por Würtenberger, T. jun./Otto, D.); del mismo, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit; Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, 1971; Fechner, E. *Rechtsphilosophie; Soziologie und Metaphysik des Rechts*, 2ª ed., 1962; Feinberg, J./Gross, H. *Philosophy of Law*, 2ª ed., 1980; Habermas, J. *Faktizität und Geltung; Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1992; Henkel, H. *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1977; Höffe, O. *Politische Gerechtigkeit; Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*, 1997; Jakobs, G. *Norm, Person, Gesellschaft; Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 1997; Kaufmann, A. *Rechtsphilosophie im Wandel*, 2ª ed., 1984; del mismo, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, 2ª ed., 1992; del mismo, *Über Gerechtigkeit; Dreissig Kapitel praxisorientierter Rechtsphilosophie*, 1993; Kaufmann, A./Hassemer, W. (Eds.). *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6ª ed., 1994 (japonés,

español, polaco, chino, turco, esloveno); Legaz y Lacambra, L. *Rechtsphilosophie* (del español), 1965; Lombardi Vallauri, L. *Corso di Filosofia del Diritto*, 1981; López Calera, N. M. *Filosofía del Derecho*, 1985; Mac Cormick, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978; Maihofer, W. (Ed.). *Begriff und Wesen des Rechts*, 1973; Marcic, R. *Rechtsphilosophie; Eine Einführung*, 1969; Medina Morales, D. *Temática Filosófico-Jurídica; sobre el conocimiento filosófico del derecho*, 1993; Naucke, W. *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, 3ª ed., 1996; Opocher, E. *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 2 ed., 1993; Peschka, *Grundprobleme der modernen Rechtsphilosophie* (del húngaro), 1974; Radbruch, G. *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., 1983 (desde la tercera edición en 1932 permanecía inmodificado el texto; a partir de la 4ª ed. (póstuma), 1950, se agregan como anexos algunos importantes ensayos iusfilosóficos de Radbruch); del mismo, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 3ª ed., 1965 (póstuma); del mismo, *Obra Completa* en 20 volúmenes, editada por Arthur Kaufmann (en impresión); Rawls, J. *Eine Theorie der Gerechtigkeit* (del inglés), 5ª ed. (alemana) 1990; del mismo, *Die Idee des politischen Liberalismus*, 1992; Reale, M. *Filosofia do Direito*, 2 Vols., 1972; Robles, G. *Introducción a la Teoría del Derecho*, 1988; Ryffel, H. *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie; Philosophische Anthropologie des Politischen*, 1969; Schapp, J. *Freiheit, Moral und Recht; Grundzüge einer Philosophie des Rechts*, 1994; Seelmann, K. *Rechtsphilosophie*, 1994; Sforza, W. C. *Rechtsphilosophie* (del italiano; con un epílogo de A. Baratta), 1966; Smid, St. *Einführung in die Philosophie des Rechts*, 1991; Stone, J. *Human Law und Human Justice*, 1965; Villey, M. *Philosophie du droit*, I, "Definitions et fins du droit", 4ª ed., 1986; Ziembinski, Z. (Ed.). *Polish Contributions to the Theory and*

*Philosophy of Law*, 1987; Zippelius, R. *Rechtsphilosophie*, 3<sup>a</sup> ed., 1994; del mismo, *Das Wesen des Rechts; Eine Einführung in die Rechtsphilosophie*, 5<sup>a</sup> ed., 1997.

CAPÍTULO PRIMERO

*Naturaleza, tareas y posición  
sistemática de la filosofía del derecho*