

jurídico clásico y su conexión estructural, así como sus presupuestos metafísicos, éticos y antropológicos.

*Pedro Serna*

Arthur KAUFMANN, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, trad. Luis Villar Borda, Santa Fé de Bogotá, editorial Themis, colección Monografías Jurídicas, 1992, 89 páginas.

La presente obra recoge la lección que el autor pronunciara con motivo de su despedida como catedrático de la Universidad de Munich. Consta de una breve introducción a cargo del traductor y de seis capítulos, más un epílogo del profesor Kaufmann agregado para la segunda edición alemana, editada en 1991.

En el capítulo I, el autor advierte de los riesgos de hablar "sobre el derecho por venir, cuando nada se sabe del hombre de mañana" (p. 2). Por ello, las páginas que siguen no incluyen –al contrario de lo que a primera vista se pudiera imaginar– una visión del derecho futuro, sino, más bien, un repaso de las principales notas del derecho moderno, de sus críticas actuales y, a la luz de ellas, de lo que éste debería procurar responder en los años venideros.

El cap. II ("Situación de partida: cambio de época"), se ocupa en breves y ajustados trazos, sucesivamente, de la crítica posmoderna al pensamiento ilustrado; del retorno del irracionalismo; del renacimiento del derecho natural al cabo de la Segunda Guerra Mundial y, por último, de la vuelta al formalismo por intermedio de las teorías analítica y de sistemas. Este repaso se realiza más con el fin de unir lo valioso de cada uno de esos aportes, que con el de ventilar sus fallos, ya que el autor «aboga por un pluralismo en ciencia y filosofía» (p. 16 y también: 27-28).

En el cap. III ("Filosofía del derecho racional") Kaufmann empieza a desarrollar la tesis pluralista anteriormente anunciada. Para ello, considera imperioso, en primer lugar, una reflexión sobre el significado de "racionalidad" (pp. 17-20), la que es seguida de la distinción entre *ratio* e *intelecto* y entre racionalidad formal y material (pp. 20-28). Su postura de síntesis se advierte cuando expresa que "se deberá exigir que una filosofía del derecho racional (en el sentido amplio) no sólo se ocupe de las estructuras formales, conceptuales, lógicas del derecho, sino también y antes que todo, de sus contenidos" (pp. 26-

7). Este punto se vincula con la cuestión de saber si existe una receta para una comprensión racional de los valores (p. 30), por más mínimos y relativos que éstos sean (pp. 31-2). A su juicio, "no se pueden reclamar certezas objetivas, sino en el mejor de los casos alcanzar intersubjetividades" (p. 31). "El lema decisivo, agrega, es intersubjetividad y esto significa comprensión (que no es lo mismo que evidencia), plausibilidad, por último y sobre todo, capacidad de consenso" (p. 33). Pero, ante esto, nuevamente asaltan las dudas: ¿existe tal consenso? Y en su caso: ¿cómo se llega a él?

En el cap. IV ("Teorías procedimentales de la verdad o de la justicia") se examinan las dos teorías principales sobre este asunto: las del contrato, cuyo máximo representante es Rawls y las del discurso, cuya figura más característica es Habermas (pp. 43-48).

Al inicio del cap. V ("Principios para una teoría procedimental fundada materialmente en la verdad y en la justicia"), Kaufmann realiza una evaluación de conjunto de estas teorías. Como notas positivas, destaca que se trata de un "modelo de pensar enteramente conveniente y útil" y "que pueden servir para el control de concordancia y plausibilidad". Empero, considera que su debilidad reside "en creer que pueden renunciar al contenido y a la experiencia" (pp. 50-51. También: pp. 70-71). Esta última postura es debida, observa el autor, al rechazo de estas corrientes a la denominada "*teoría de la correspondencia de la verdad*", conforme a la cual "entre proposiciones y asertos y un mundo siempre asequible de la realidad, existe una correspondencia". Para quienes se oponen a esta última afirmación «carece de importancia que la verdad se apoye en cualquier relación con *algo*, ya que no hay ningún *algo* en el discurso». Por el contrario, solo interesa la relación de enunciados, es decir, "una *teoría consensual de la verdad*" (p. 55). Esta aseveración, sin embargo, no es sin consecuencias ya que, dirá más adelante, "si lo correcto o incorrecto se ordena conforme a las reglas formales del discurso, sin ninguna consideración al contenido, podría válidamente consentirse, por ejemplo, una ley oprobiosa promulgada constitucionalmente" (pp. 75-76). Para el autor, por el contrario, "el verdadero criterio para la verdad o corrección de un enunciado no es la existencia de un consenso, sino la circunstancia de que muchos sujetos independientes entre sí alcancen con relación al mismo asunto conocimientos convergentes objetivos" (p. 57). A estas alturas, Kaufmann considera que es viable un conocimiento racional de los valores, ya que sobre la base de una argumentación libre, el consenso queda matizado por la teoría de la convergencia y por el principio de falibilidad, según el cual "ningún consenso es definitivo" (p. 51), por lo que se impone su permanente rectificación. Como expresa el autor, "sólo en una teoría de la verdad así entendida es armonizable

una falibilidad pragmática que exige en el punto de convergencia de las opiniones falibles un conocimiento objetivo (*objetivo*, no malinterpretar sustancial)" (p. 58). Esa aseveración remite a dos aspectos de importancia: primero, que la teoría de la falibilidad cumple un papel insustituible pero que, en modo alguno debe considerarse como el único y, agregamos nosotros, ni siquiera el más importante. Y esto por que la razón también tiene un papel positivo que cumplir: ella debe –a lo menos– intentar construir una teoría objetiva acerca del derecho (cfr p. 53). El segundo, que ese conocimiento al que alude el autor, debe superar la tradicional dialéctica entre "sujeto-objeto", según la cual "en el conocimiento está el objeto rigurosamente separado del sujeto, o sea que nada subjetivo se introduce en aquél". Esta distinción, que a juicio de Kaufmann ha sido llevada al ámbito jurídico tanto por el iusnaturalismo como por el positivismo, debe replantearse. En su opinión, «el derecho no resulta ni de una *naturaleza* concebida como siempre, ni simplemente de la formulación general-abstracta de la ley. Estas son, en cierta forma, solo materia prima, de la cual, en un acto de formación procesal (la jurisprudencia y en general la actividad jurídica) debe surgir el derecho concreto» (p. 39). "Un entender de tal índole no es objetivo (pues el sentido no es ninguna sustancia), pero tampoco subjetivo (sino reflexivo y orientado tradicional y situacionalmente). El es, a un mismo tiempo, subjetivo-objetivo" (p. 40).

Estas consideraciones se conectan directamente con las del cap. VI ("La persona como la relación ontológica básica del derecho"), en donde se postula una "teoría procesal de la justicia basada en la persona" (p. 64). Kaufmann se pregunta por el objeto, por el tema del discurso de la justicia o, como antes dijo, por el contenido de ella. Y responde que éste "no puede encontrarse ni completamente fuera del proceso de creación jurídica ni enteramente en él, pues de otra manera habríamos caído otra vez en la ontología sustancial o en el funcionalismo. Necesitamos un fenómeno que es al mismo tiempo ontológico y procesal. Y ese no puede ser sino el hombre, "el hombre entendido como persona, como el conjunto de relaciones en que se encuentra éste con los otros hombres o con las cosas" (p. 64). Una teoría así considerada, piensa el autor, no debería excluir a las teorías discursivas, a condición que éstas se apliquen a examinar "comunidades de argumentación realmente existentes, en las cuales se intercambien verdaderas experiencias y convicciones sobre cosas" (pp. 64-5). En definitiva, concluye Kaufmann todo derecho existe por voluntad de los hombres y no al revés. La filosofía del derecho de las generaciones venideras debería, por tanto, tener presente esa realidad tan sencilla como grave. Ella debería, en palabras del profesor alemán, "dar respuestas a los interrogantes que todo hombre siempre se ha planteado: la pregunta sobre la diferencia entre

derecho y entuerto, la pregunta sobre las condiciones de una sociedad bien ordenada, la pregunta sobre una paz duradera..." (p. 66).

En el epílogo, el autor reitera los puntos centrales de su trabajo: la necesidad de reanimar una filosofía del derecho de contenido y la crítica –con apoyo en Weinberger y Taylor– a las aporías de las teorías procedimentales de la justicia, tomando esta vez como punto de análisis las reflexiones de Alexy y del propio Weinberger, expuestas en el Congreso Mundial de Filosofía del Derecho realizado en Göttingen, en agosto de 1991 (cfr pp. 71-84). Sin embargo, aquí se avanza un poco más a la hora de fundar una ética de contenido al optar por lo que Kaufmann llama «utilitarismo negativo». Para el autor, en efecto, la felicidad (es decir, la finalidad ambicionada por el utilitarismo "positivo") no es susceptible de universalización, pero sí "el esfuerzo de toda persona por no exponerse a la desgracia" (p. 80). "En verdad, dice, todos quieren ser saludables, libres, ricos, pero hay muchos hombres que siendo así, no son felices" (p. 79). Por el contrario, "lo que para todo hombre significa una desgracia puede mencionarse concretamente: enfermedad, padecimiento, falta de techo..." (p. 80. También en esa línea: p. 53). En esta ética de contenidos, el autor reivindica el papel de los derechos humanos, precisamente por su posibilidad de universalización, aunque, matiza, ello no significa la solución de los problemas, sino, en todo caso, su inicio, en razón de que "quien argumenta con derechos humanos les da un contenido específico, pero no necesariamente el contenido que otro le da" (p. 81).

En resumen: la postura del autor –tal vez su postura de síntesis, al cabo de una vida de fecunda investigación– presenta logros apreciables: su preocupación por nutrir a la filosofía del derecho de contenidos frente a las teorías procedimentales, que permanecen en un ámbito formal, por entero ajeno a la realidad. De igual forma, es acertada la necesidad de desarrollar esos contenidos en el seno del proceso mismo, de suerte de dotarlos de una vigencia histórica concreta, por más limitados y contradictorios que aquellos sean (cfr entre otras, pp. 64-66). Sin embargo, no basta –aunque ello ya es bastante– hacerse cargo de la existencia de los problemas tangibles que preocupan a la actual reflexión filosófica sobre el derecho (cfr los ejemplos de pp. 31, 72 o 77). También resulta imperioso intentar resolverlos. Y es aquí donde Kaufmann no arriesga respuestas vinculantes. Por mi parte, creo que el aprovechar la aguda superación de la dialéctica sujeto-objeto, llevada a cabo por la hermenéutica, nos permitiría ir más allá del utilitarismo negativo propuesto por el profesor de Munich. Desde esta perspectiva, y como reconoce el propio Kaufmann, cabe darle a la razón la ilusión de fundamentar en clave *positiva* (p. 53). Quizá el autor no quiere dar ese salto por temor a la acusación de caer en un ontologismo de tipo

substantialista, del que quiere huir como quien evita la mayor de las condenas (cfr p. 58 entre muchas otras). A ese respecto, no se hasta qué punto el conocimiento objetivo que predica Kaufmann puede distanciarse de una ontología como la mencionada anteriormente. Quizá muchos de los malentendidos que sobrevuelan este aspecto hubieran podido evitarse de haberse distinguido con nitidez entre la ontología aristotélica y la que cultivara el iusnaturalismo racionalista. Si bien en otros lugares (cfr "Sentido actual de la filosofía del derecho", pp. 7 ss; "Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica", pp. 350 ss, ambos en *Anales de la Cátedra de F. Suárez*) Kaufmann señaló acertadamente la comunidad de ideas entre este último iusnaturalismo y el positivismo legalista (quedando, por tanto, patente la separación radical entre éstos y la concepción iusnaturalista clásica), puede que el peso de aquel malentendido le haya llevado a exagerar aquella distinción en detrimento de su propia postura. Por que, en el fondo, el huir de la desgracia no es, en ninguno de los mortales, una huída al vacío, sino hacia algo distinto que siempre aparece bajo al forma de bien. Y es ahí —en el discernimiento de una ética del bien humano, del bien entendido como plenitud y no solo como lo opuesto a la desgracia— donde seguramente se deberá plantear el núcleo de las reflexiones sobre una filosofía del derecho acorde con las exigencias de las generaciones de la llamada posmodernidad.

*Renato Rabbi-Baldi Cabanillas*

KLUG, Ulrich, *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*, trad. Jorge Malem Seña, Barcelona, Alfa, 1989, 198 págs.

Una de las notas indiscutibles del pensamiento ético-jurídico contemporáneo es el horror que evidencian una buena mayoría de sus cultores por todo lo que pueda parecerse a un fundamento "absoluto", entendida esta palabra en el sentido de "incontrovertible" o "inexcusable". Es más, en varios de los filósofos jurídicos y morales de nuestros días, el rechazo de toda fundamentación objetivista aparece como el propósito principal de toda su obra; podemos recordar en ese sentido a la obra de J. L. Mackie *Ethics: inventing right and wrong*, entre una avalancha de libros y trabajos similares.