

ARTHUR

KAUFMANN

PROFESOR EMÉRITO DE LA UNIVERSIDAD DE MÜNCHEN

FILOSOFÍA
DEL DERECHO

LUIS

VILLAR BORDA (TRADUCCIÓN)

ANA MARÍA

MONTOYA (TRADUCCIÓN)

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	19
PRÓLOGO DE LA SEGUNDA EDICIÓN	21
PRÓLOGO DE LA PRIMERA EDICIÓN	24
ABREVIATURAS	25
INTRODUCCIÓN	29
I. Finalidad de este libro	29
II. Sobre el contenido del libro	31
III. Literatura	33
1. Introducción a la filosofía	34
2. Filosofía del derecho clásica	35
3. Principales obras de la filosofía del derecho contemporánea	35
CAPÍTULO PRIMERO	
NATURALEZA, TAREAS Y POSICIÓN SISTEMÁTICA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO	37
I. Literatura	39
II. La posición sistemática de la filosofía del derecho	39
III. La naturaleza de la filosofía del derecho	39
IV. Las tareas de la filosofía del derecho	41
CAPÍTULO SEGUNDO	
FILOSOFÍA DEL DERECHO, TEORÍA DEL DERECHO, DOGMÁTICA JURÍDICA	45
I. Literatura	47
II. Filosofía del derecho y dogmática jurídica	48
III. Filosofía del derecho y teoría del derecho	49
1. La teoría pura del derecho	50
2. Teoría de la legislación	54

CAPÍTULO TERCERO

DERECHO NATURAL Y POSITIVISMO. PROBLEMA

HISTÓRICO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO	59
I. Literatura	61
II. ¿Por qué discutir problemas históricos?	62
III. Compendio histórico de la filosofía del derecho occidental	64
1. Del mito al logos	64
2. La filosofía del derecho de la antigüedad	64
3. La filosofía del derecho medieval	67
4. La filosofía del derecho de la modernidad	68
5. La filosofía del derecho del siglo XIX	70
a) La escuela histórica de derecho	70
b) El criticismo de Kant	70
c) La filosofía dialéctica de Hegel	71
d) La concepción materialista de la historia de Marx y Engels	72
e) Positivismo jurídico-científico (jurídico-estatal), teoría general del derecho, jurisprudencia de conceptos, jurisprudencia de intereses, movimiento de derecho libre, sociología jurídica	74
f) Metodología positivista	76
g) Positivismo legal, nacionalsocialismo	76
6. La reanudación después de la Segunda Guerra Mundial	77
a) El “renacimiento del derecho natural”	78
b) El neopositivismo	79
c) La teoría jurídica funcionalista	81
d) Otras tendencias	83
aa) Fenomenología	83
bb) Estructuras lógico-materiales	84
cc) Naturaleza de la cosa	84
dd) Neohegelianismo	85
e) Principios teórico-cognoscitivos: analítica, teoría de las normas, lógica jurídica, lógica deóntica, jurisprudencia tópica y retórica	85
f) La discusión analítica-hermenéutica	87

CAPÍTULO CUARTO

MÁS ALLÁ DEL DERECHO NATURAL

Y DEL POSITIVISMO JURÍDICO 89

I. Literatura 91

II. La “tercera vía” 93

III. La superación de la alternativa derecho natural-positivismo
en la filosofía del derecho de Gustav Radbruch 94

IV. La hermenéutica jurídica 98

V. La teoría de la argumentación jurídica 101

VI. General principles of law 105

VII. Critical legal studies 110

CAPÍTULO QUINTO

REFLEXIONES SOBRE LA PRÁCTICA

DE LA TEORÍA CIENTÍFICA DEL DERECHO 111

I. Literatura 113

II. La sentencia judicial, ¿una copia exacta de la ley? 113

III. El Tribunal Federal de Justicia y el dogma de la subsunción 115

IV. Aporías en la práctica jurídica metodológica 124

V. Ciencia del derecho, ¿sólo un arte? 127

CAPÍTULO SEXTO

REFLEXIONES SOBRE UN ANÁLISIS RACIONAL DEL PROCESO

DE CREACIÓN DE DERECHO. PREGUNTAS FUNDAMENTALES

DE LA LÓGICA Y DEL MÉTODO DE LA CIENCIA JURÍDICA 133

I. Literatura 135

II. Nota preliminar 136

III. Pequeño collegium logicum 138

1. La lógica tradicional 138

2. Lógica formal 139

3. Las conclusiones lógicas 140

a) El silogismo 140

b) Otros géneros de conclusiones lógicas 144

IV. Continuación: deducción, inducción, abducción, analogía 148

V. Intento de una doctrina apropiada del método jurídico 168

1. Creación de derecho y proceso legislativo 169

2. Construcción escalonada del orden jurídico 170

3. La perspectiva hermenéutica 172

4. Del modelo de la subsunción hacia el modelo de la equiparación 173

CAPÍTULO SÉPTIMO

LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

(LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO)

	197
I. Literatura	199
II. La teoría general del derecho	199
III. Los conceptos de derecho jurídicamente relevantes o impropios	201
IV. Los conceptos fundamentales del derecho o conceptos jurídicos propios o categóricos	205
1. La norma jurídica	206
a) Norma jurídica completa o independiente	206
b) Normas jurídica incompleta o dependiente	207
c) Diferenciación conforme al contenido	208
d) Diferenciación conforme al ámbito de la validez	208
e) Diferenciación conforme a la obligatoriedad	209
f) Derecho regular y derecho irregular	209
g) Derecho estricto y derecho equitativo	209
2. Las fuentes del derecho	209
a) La ley en sentido material	210
aa) La ley en sentido formal	210
bb) El reglamento jurídico	210
cc) El estatuto autónomo	210
b) El derecho consuetudinario	210
c) Las reglas generales del derecho internacional	210
d) El derecho arancelario	210
3. Los hechos jurídicos	211
a) La situación fáctica vital	211
b) La acción en sentido jurídico	211
aa) La conducta conforme a derecho	211
bb) La conducta contraria a derecho	212
cc) La conducta regulada jurídicamente, pero no valorada jurídicamente (“espacio libre de derecho”)	212
4. Las relaciones jurídicas	213
a) Derecho objetivo y subjetivo	213
b) Las tres clases de derechos subjetivos	214
aa) Los derechos subjetivos públicos	214
bb) Los derechos subjetivos privados	215
cc) Los derechos subjetivos del derecho social	216
5. El sujeto de derecho	216
a) La persona natural	216

b) La persona jurídica	216
c) Los tres tipos básicos de la persona jurídica	217
d) Digresión: concepciones jurídicas individualista, supraindividualista y transpersonal	217
CAPÍTULO OCTAVO	
DERECHO Y LENGUAJE. LA IMPUTACIÓN COMO PROCESO DE COMUNICACIÓN	
	219
I. Literatura	221
II. Introducción, delimitaciones, estilo jurídico	222
III. Las funciones del lenguaje para el derecho	226
IV. La bidimensionalidad del lenguaje	231
V. Lenguaje corriente, socialización y lenguaje técnico	233
VI. ¿El computador como juez?	241
VII. El carácter analógico del lenguaje jurídico	246
VIII. La imputación como proceso de comunicación	253
CAPÍTULO NOVENO	
EL CONCEPTO DE DERECHO. DERECHO Y LEY. LA RELACIÓN DE SER Y DEBER SER	
	261
I. Literatura	263
II. Derecho y ley, conceptos jurídicos nominalistas y realistas	264
III. El desarrollo histórico del concepto de derecho	267
IV. El desarrollo del concepto moderno de derecho	273
V. El desarrollo del concepto de derecho. Una vez más: la construcción escalonada del orden jurídico	280
CAPÍTULO DÉCIMO	
LA IDEA DE DERECHO. JUSTICIA COMO IGUALDAD (JUSTICIA CONMUTATIVA). JUSTICIA Y EQUIDAD	
	287
I. Literatura	289
II. La idea de derecho	290
III. Justicia como igualdad	294
1. ¿Objeto o proceso?	294
2. Igualdad, similitud, equiparación	295
3. Clases de igualdad	297
IV. Justicia y equidad	299
V. Digresión: el castigo justo	302

CAPÍTULO UNDÉCIMO

LA IDEA DE DERECHO. JUSTICIA COMO IGUALDAD SOCIAL
(JUSTICIA DE BIENESTAR COMÚN, ADECUACIÓN A FINES)

	307
I. Literatura	309
II. Doctrina de los bienes éticos	309
1. Socialización: comunista y cristiana	309
2. La doctrina triádica de Radbruch sobre los máximos fines del derecho y el relativismo iusfilosófico	314
3. Desde Aristóteles hasta Kant	318
4. El utilitarismo	323
5. Utilitarismo negativo	325
III. Reglas de prelación	329
IV. Derechos humanos	332
V. Principios generales de derecho	338
VI. Antropología del derecho	339
VII. Observación final	344

CAPÍTULO DUODÉCIMO

LA IDEA DE DERECHO. JUSTICIA COMO
SEGURIDAD JURÍDICA (PAZ JURÍDICA).

TENSIONES EN LA IDEA DE DERECHO	347
I. Literatura	349
II. Los tres momentos de la seguridad jurídica: positividad, operatividad, invariabilidad	349
III. Tensiones en la idea de derecho	351

CAPÍTULO DECIMOTERCERO

LA VALIDEZ DEL DERECHO. DERECHO
DE RESISTENCIA. DESOBEDIENCIA CIVIL

	357
I. Literatura	359
II. Derecho y deber	360
III. Autonomía y heteronomía	362
IV. La conciencia: ¿un órgano del juicio individual-subjetivo o general-objetivo?	365
V. Reconocimiento y consenso	368
VI. La posibilidad de aplicación de la analogía del derecho a la persona y a la conciencia	371
VII. Consecuencias de una teoría de validez personal del derecho	373
VIII. El derecho a la resistencia	375

1. El derecho a la resistencia en un Estado que no es de derecho	376
a) Legítima defensa social	376
b) Grosero abuso del poder estatal	376
c) Subsidiariedad	376
d) Proporcionalidad	377
e) Esperanza fundada de éxito	377
f) Capacidad de discernimiento	377
g) Voluntad para el derecho	377
h) Resistencia pasiva y activa, pacífica y violenta	377
2. El derecho a la resistencia en el Estado de derecho, especialmente la desobediencia civil	378
CAPÍTULO DECIMOCUARTO	
DERECHO Y MORAL. REGLAS SOCIALES, CONVENCIONALISMO, USOS, COSTUMBRE. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD	
	383
I. Literatura	385
II. Delimitaciones	386
III. La polaridad del derecho y la moral	387
1. La tesis de la separación y de la identidad	387
2. El sujeto final del derecho y la moral	388
3. Una vez más: autonomía y heterotomía	390
4. Exterioridad e interioridad	394
5. Legalidad y moralidad	395
IV. La relación respecto de reglas afines de comportamiento social	396
1. Reglas sociales	396
2. Convencionalismo	398
3. Usos y costumbre	398
V. Contradicción de valores entre derecho y moral	399
VI. El principio de subsidiariedad	402
CAPÍTULO DECIMOQUINTO	
LA DOCTRINA DEL “ESPACIO LIBRE DE DERECHO”	
	405
I. Literatura	407
II. Espacio libre de derecho: regulado mas no valorado jurídicamente	407
III. Juridicidad o antijuridicidad: ¿tertium non datur?	409
IV. Intentos de solución	411
V. El tercer camino: “no prohibido-no permitido”	414

VI. Consecuencias: superación de contradicciones valorativas, principio de la propia responsabilidad, tolerancia	416
VII. Conclusión	418

CAPÍTULO DECIMOSEXTO

POSTULADO DE LA LIBERTAD	421
I. Literatura	423
II. Formulación del problema	423
III. Kant: libertad en tanto idea trascendental	429
IV. El proceso analógico para la demostración de la libertad	435

CAPÍTULO DECIMOSÉPTIMO

GUERRA Y PAZ	441
I. Literatura	443
II. Sobre la situación	443
III. La doctrina de la “guerra justa”	448
IV. Estado mundial y paz mundial	457

CAPÍTULO DECIMOCTAVO

CORRIENTES MODERNAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO	463
I. Literatura	465
II. Advertencia	466
III. Teorías procesales de la justicia	466
1. El principio trascendental de Kant	466
2. ¿Pueden los juicios normativos ser verdaderos o correctos?	468
3. El abandono del esquema sujeto-objeto	469
4. ¿Contenidos desde la forma?	471
5. El modelo procesal de Günter Ellscheid sobre la base de la filosofía de Kant	472
6. La teoría de sistemas	478
7. El modelo del contrato	479
8. El modelo del discurso	482
9. Continuación: la ética del discurso	484
IV. Las teorías de la verdad	493

CAPÍTULO DECIMONOVENO

RASGOS DE UNA TEORÍA MATERIAL DE LA JUSTICIA FUNDAMENTADA PROCESALMENTE	499
I. Literatura	501

II. El verdadero aspecto básico de las teorías procesales	501
III. Los tres principios básicos del conocimiento racional valorativo	503
IV. El objeto del discurso	506
V. La persona como relación básica del derecho	508
CAPÍTULO VIGÉSIMO	
EL PRINCIPIO TOLERANCIA. FILOSOFÍA DEL DERECHO EN UNA SOCIEDAD PLURALISTA DE RIESGO	511
I. Literatura	513
II. Nota previa	515
III. La democracia: oportunidad para Estado de derecho, pluralismo y tolerancia	516
1. Pluralismo filosófico y metodológico	519
IV. La sociedad de riesgo. Ejemplo de la biología y la bioética	521
1. ¿Hay derechos de la naturaleza? Un capítulo ecológico	521
2. La sociedad de riesgo	528
3. Conducta arriesgada y conducta cautelosa	530
4. La bioética	534
a) Advertencia	534
b) La revolución de la biotecnología	535
c) Técnica y ética	537
d) Fundamento de una bioética	539
e) El argumentar racional en situaciones concretas	543
f) La clonación de humanos	549
g) El discurso bioético	557
V. El principio tolerancia	558
1. Complejidad social y tolerancia	558
2. Intolerancia dogmática y tolerancia práctica (cívica). Tolerancia represiva	559
3. Límites de la tolerancia	567
4. Tolerancia-verdad-libertad-error	570
5. El hombre indiferente, el intolerante y el tolerante	575
6. Consecuencias	577
7. Tolerancia. Nuestra cuestión decisiva	580
ÍNDICE TEMÁTICO	583
ÍNDICE ONOMÁSTICO	639