

KAUFMANN, Arthur: *Analogie und "Natur der Sache"*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, H. 65/66 der Schriftenreihe der Juristische Studien Gesellschaft Karlsruhe, Karlsruhe, Verlag O. F. Müller, 1965.

"El tipo es el modelo que sirve de medida. Es más fuerte que una idea, y por supuesto más que un concepto". Con esta afirmación de Ernst Jünger (*Typus, Name, Gestalt*, 1963), encabeza Arthur Kaufmann su disertación de 1962, en el Instituto de Filosofía Jurídica y Social de Saarbrücken. En aquella ocasión se mantuvo Kaufmann en *concordia discors* con Alessandro Baratta, quien también relacionaba "naturaleza de la cosa" con "analogía jurídica". Han pasado tres años hasta que Kaufmann se ha decidido dar a la imprenta aquella disertación, que en realidad no constituye sino el meollo de una consideración más amplia del tema. Entre tanto, en 1964, ha aparecido el estudio de Herbert Schambeck, estrictamente crítico, *Der Begriff der "Natur der Sache"*, así como poco antes las aportaciones de Ilmar Tammelo (*The Nature of Facts as a Juristic Tópos*, ARSP. Ap. 39 (1963), 236 ss.) y de Julius Stone (*"The Nature of Things" on the Way to Positivism?*, ARSP 50 (1964), 145 ss.). Desde el propio punto de vista de Kaufmann, ya esbozado en su sugestivo libro *Das Schuldprinzip* (1961), se trata de salvar, a través de la "analogía"—en un sentido ontológico y epistemológico más amplio que el estrictamente de "argumento analógico" propio de un método de aplicación de la ley—, el abismo existente entre "naturaleza de la cosa" como "forma del pensamiento jurídico", remedando a Radbruch, y la "naturaleza de la cosa" referida a la tarea concreta del jurista práctico. El enfrentamiento con el concepto de "tipo" y su relación con el Derecho se imponen.

Afirmar que nuestro conocimiento de cualquier cosa no es nunca ni unívoco, ni equívoco, sino análogo (dimensión epistemológica), o que algo es conocido en cuanto participa análogamente del ser (dimensión ontológica), nos puede llevar al convencimiento de que nos encontramos de nuevo ante una reiteración clásica del Derecho natural escolástico. Pero ello sería, aparte de una simplificación, desconocer el verdadero alcance del pensamiento de Kaufmann, que aquí se nos aparece de una enorme fecundidad.

Por el contrario, Kaufmann comienza sentando que "no hay Derecho suprapositivo alguno" (en contra del neotomismo y, expresamente, de Rommen). Donde existe un Derecho, éste es siempre positivo: concreto e histórico. Pero dicha "positividad material" contenida en la decisión jurídica (no exclusivamente judicial), no ha de identificarse con la norma (legal, consuetudinaria o judicial) que es una directriz general, igualadora de lo igual, que evita la arbitrariedad, y a la cual conviene una "positividad formal". La *norma* es siempre una *medida* para muchos casos *posibles*, mientras que la *decisión* o

determinación lo es, conforme a dicha medida, de un caso *real*. En este sentido entiende Kaufmann la relación entre Derecho y ley.

Pero además, en otra vertiente, conviene distinguir entre ley e idea del Derecho, se denomine esta última "principios jurídicos generales" (Erik Wolf), bien "principios ético-jurídicos" (Larenz), "máximas del obrar justo" (Wieacker). Sin dichos puntos de vista valorativos, no hay Derecho. Afirmación que, por otra parte, ya había sido hecha por el mismo Engisch (*Einführung in das juristische Denken*, 3. Aufl., 1964, páginas 178 y ss., así como su recensión en la "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" 69 (1957), 596 ss., al libro de Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*).

En el proceso de la realización del Derecho se distinguen tres grados. En el primer grado se hallan los principios jurídicos abstracto-generales, suprapositivos y suprahistóricos; en el segundo, la ley válida en un período de tiempo, concreto-general, formal-positiva; en el tercero, el Derecho histórico, concreto, material-positivo. En resumen: idea jurídica—norma jurídica—, determinación jurídica. A la vista del proceso se sientan dos tesis. Según la primera, no se puede realizar el Derecho si se prescinde de cualquiera de estos grados: "ninguna norma jurídica sin idea jurídica, ninguna determinación jurídica sin norma jurídica". Consecuentemente, no puede haber Derecho sin un punto de vista valorativo previo. La segunda tesis, a la que Kaufmann dedica el resto de la disertación, podría formularse así: ninguno de estos grados puede deducirse simplemente del inmediatamente anterior. Como consecuencia, distanciamiento, tanto de un simple "decisionismo", como de un "normativismo", sea éste positivista o iusnaturalista. Los tres grados son solidarios. Intentaremos mostrar el pensamiento de Kaufmann, introduciendo no obstante algunas matizaciones, derivadas de la no univocidad del sentido con que, paradójicamente, utiliza el autor el contenido del concepto "analogía". Es cierto que él expone la teoría clásica, que avalora con testimonios estrictamente—a mi modo de ver—coincidentes con la intuición aristotélico-tomista sobre la analogía, formulados por Kant y Hegel. Pero, aquí, Santo Tomás "distingue" una vez más. Teniendo en cuenta, además, como Kaufmann lo hace, las instancias de Platón, Agustín, Buenaventura, Cayetano y Suárez, en dicho "clasicismo".

"Derecho es la relación entre deber ser y ser". Unidad de relaciones, referencia: esto significa la analogía. El deber ser y el ser en el Derecho se relacionan, no unívoca ni equívocamente, sino análogamente. Todo conocimiento del Derecho es análogo y el mismo Derecho es fundamentalmente análogo. Con ello se configura la actual degradación de la analogía en el Derecho a su papel de "llenar las lagunas", como una cierta "ideologización", que pierde de vista un hecho más radical: el mismo carácter análogo de todo nuestro conocimiento, y consecuentemente del jurídico. Analogía hay en la ficción jurídica, en la determinación de la persona jurídica, o en el mismo Derecho penal, a pesar de contar en esta rama con una especial prevención, deter-

minada por una “ortodoxia jurídica”, que proviene a su vez de una “heterodoxia” ligada a una experiencia jurídica concreta.

En toda analogía se trata de una igualación de lo desigual, bajo un punto de vista de igualdad, en el que se relaciona lo desigual. ¿Pero qué es igual, y qué desigual? Ya Radbruch, en su *Rechtsphilosophie* (pág. 126 de la ed. póstuma), y el mismo Engisch en la 3.^a ed de sus *Logische Studien zur Gesetzeanwendung* (1963), págs. 30 y ss., coinciden en señalar que la igualdad es siempre una abstracción de una determinada desigualdad bajo un punto de vista. Kaufmann va más allá. Partiendo de Santo Tomás, atribuye a éste una radicalización de la analogía—a mi modo de ver—cuando afirma que “sólo los números son iguales entre sí” (*De Veritate*, I, 11). Pero esto no significa, en Santo Tomás, que todo sea análogo, pues Santo Tomás—conviene hacer notar—distingue entre una analogía en “más o menos”, basada sobre la materia, y otra relativa a la forma, que es propiamente analogía. Distinción que, por lo demás, se halla ya en Aristóteles. En todo caso, pese a su exacerbación, el problema clave de la analogía es el de la delimitación del *tertium comparationis*. Problema de solución variable, por lo que naufraga el intento de Ulrich Klug (*Juristische Logik*, 2.^a ed. 1958, págs. 123 y ss.) de hacer derivar de un círculo de semejanza argumentos analógicos exactos. El simple “argumento analógico”, aplicado a la subsunción del caso en la hipótesis normativa no refleja la estructura del Derecho. Norma y relación vital pertenecen a dos planos diversos: en su relación interviene la analogía.

Legislar es igualar la idea de Derecho con las futuras relaciones vitales posibles; aplicar el Derecho es igualar la norma legal con la relación vital real. Y esto—*extensio* de la analogía—en un movimiento ascendente y descendente, que va de aquélla a éstas y viceversa. Ni simple deducción, ni sólo inducción. ¿Pero dónde hallar el *tertium* de la analogía, la mediación entre el deber ser y el ser? Ese *universale in re*, en terminología tradicional, ese deber ser en el ser, viene dado, como recientemente intuyó Tammelo, en la “naturaleza de la cosa”, que es el “tópos” en el que ser y deber se encuentran, en lugar metodológico de unión entre realidad y valor. Por ser el “tipo” un *universale in re*, se distingue, por un lado, del concepto abstracto general, que define y circunscribe (el “tipo” no es definible, sino explicitable; el “tipo” es abierto). El “tipo” se diferencia a su vez de lo único. El legislador describe “tipos”; el juez, al estar ligado a “ley y Derecho”, ha de considerar no sólo el sentido de la norma, sino también el sentido de la relación vital, mentado en la tipicidad normativa. De hecho, la actual inseguridad jurídica no depende de una acumulación de conceptos—“legislación motorizada”—, como de una ausencia de descripción de “tipos”.

¿Es este pensamiento tópico, esta “naturaleza de la cosa” es algo real o expresa tan sólo una opinión subjetiva? Para un nominalismo, que mantiene lo general como “inefable” (para Baratta, “la *natura* del fatto risiede nell’atto”) la segunda alternativa es la indicada. Para un

ultrarealismo, dicha "naturaleza de la cosa" es algo concreto, real, circunscribible. En realidad no se trata, con el pensamiento tópico, ni de una cosa ni de otra: el "tipo" no es algo general "ante rem" o "post rem", sino "in re". No es ni completamente legal, ni fuente de Derecho, sino (dada su naturaleza relacional) un "catalizador" entre idea, norma y relación vital.

Ninguna certeza matemática, por tanto. Conocimientos jurídicos exactos, calculabilidad del Derecho, no lo ha habido, ni lo habrá nunca. Eso quedará siempre en el dominio de utopía. De ahí lo sugestivo del pensamiento de Arthur Kaufmann, no precisamente "intuitivo", al que únicamente reiteramos la salvedad hecha antes: su concepto un tanto amplio, no del todo preciso, de "analogía".

JUAN JOSÉ GIL CREMADES (Munich, Alemania).

KNOLL, August M.: *Katholische Kirche und scholastisches Naturrecht. Zur Frage der Freiheit*, Europa Verlag, Wien, 1962. 144 páginas. 21 × 13 cm.

El autor abre una discusión con la doctrina social de la Iglesia referida al problema de la libertad. Dentro de la doctrina social de la Iglesia, el Derecho natural articula las exigencias postuladas por un orden de cosas. Hace falta saber cuál sea el fundamento de esa articulación para decidir sobre su alcance. El Derecho natural es un instrumento al servicio del orden. Y la doctrina social de la Iglesia es algo "incompleto", que considera, más que las condiciones reales de la vida, unas aspiraciones ideales en función de un programa pastoral. Dentro de un orden social dado, el principio de justicia de "a cada uno lo suyo", puede significar que "el esclavo se debe a su señor". La doctrina de la Iglesia insiste entonces en recomendar pastoralmente a esclavo y señor que sean buenos con San Pablo. *Non facit de servis liberos, sed de malis servis bonos servos* (SAN AGUSTÍN, *In psal.*, 124, 7). La Iglesia ha seguido el camino indicado por Pablo, camino de exhortación moral; pero hay otro problema, que el autor refiere a Espartaco: el problema de la "libertad del esclavo" (pág. 16).

Este problema es el que discute en sus páginas de una manera rápida y no sin indignación, que hace pensar en la polémica, pero con sincero ánimo de colaboración positiva en la tarea de resolver los conflictos reales que tiene planteada la sociedad. El párrafo último de su como dos aspectos de la misma cuestión: el aspecto que da hacia el tribuno y el que da hacia el apóstol. Sin Espartaco puede ser Pablo el soporte de una dominación injusta; y sin Pablo, sin el espíritu del cristianismo, Espartaco conduce el mundo, después de quitarle unas, a ligarle con nuevas cadenas (pág. 89).

Considerando el Derecho natural escolástico como una construcción que se aplica a comprender y resolver el orden de la vida social,