

## Hermenéutica y Derecho

**Autor:** Arthur Kaufmann

Editorial Comares, Granada, 2007, 207 pp.

”Durante siglos, el derecho natural y el positivismo jurídico han combatido mutuamente, aunque a menudo cubriéndose con otros nombres. De esta guerra no ha salido un vencedor, pero sí dos vencidos (...) Sólo le queda hoy a la filosofía del derecho buscar un «tercer camino», un camino «más allá del derecho natural y del positivismo».” (p.91) Ésta convicción, expresada por Arthur Kaufmann al comienzo de uno de los artículos que conforman *Hermenéutica y Derecho*, vertebra los diferentes textos que los editores, Andrés Ollero y José Antonio Santos, han recogido en la presente obra.

Nos encontramos ante una recopilación de los artículos del Profesor Arthur Kaufmann traducidos al castellano o publicados en España, principalmente en las revistas *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* y *Persona y Derecho*. Merece la pena destacar que, pese al carácter de recopilación, los editores han conseguido una obra homogénea y que evita caer en repeticiones, más allá de algún ejemplo o cita.

La disposición de los artículos permite dividir la obra en tres grandes secciones. La primera de las cuales, formada por la contribución “Sentido actual de la filosofía del derecho”, sirve perfectamente de presentación, en la

que Kaufmann se cuestiona sobre la necesidad en nuestros días de una filosofía del derecho que parece haberse vaciado de contenido, concluyendo que la ocupación de la filosofía debe ser la de forzar a la autorreflexión sobre el propio Derecho, ejercer como “la antorcha que precede a la política”(p.62). La segunda sección, ciertamente el núcleo principal de la obra, estaría constituida por los siguientes seis artículos, en los que se presenta la hermenéutica jurídica como la filosofía desde la que se puede llevar a cabo esta autorreflexión, superando al mismo tiempo el eterno debate entre positivismo y iusnaturalismo. Por último, los tres últimos artículos recogidos analizan, respectivamente, las cuestiones de la teoría de la justicia, la conciencia y la validez del derecho y la universalización de los Derechos humanos. Observaremos que en estos artículos no trata directamente sobre la hermenéutica, aunque ésta se mantiene como telón de fondo.

Como hemos mencionado más arriba, la hermenéutica jurídica, especialmente en su papel de alternativa a iusnaturalismo y positivismo, constituye el centro gravitatorio de la obra. Así pues, ¿qué es la hermenéutica? Una filosofía trascendental que formula las condiciones bajo las que será posible cualquier comprensión del sentido, responde Kaufmann, no un método que podemos elegir frente a otros muchos. Esta distinción resulta de gran importancia, ya que en ella radica la posibilidad de universalización de la hermenéutica, en tanto que las condiciones trascendentales bajo las cuales se obtiene el

comprender son las mismas para cualquier disciplina.

La hermenéutica se caracteriza por la supresión del esquema objeto-sujeto, según el cual la comprensión consistiría en una mera reproducción del objeto en la conciencia del individuo. Por el contrario, la hermenéutica considera toda comprensión como *simultáneamente* objetiva y subjetiva, objeto y conciencia se acercan mutuamente, colaborando en la *creación* de lo comprendido.

Es en este punto donde señala Kaufmann la superación de iusnaturalismo y positivismo, irremisiblemente ligados como están al concepto objetivista del conocimiento. Efectivamente, ambas corrientes aspiran a alcanzar un conocimiento *objetivo* del Derecho, ya sea partiendo de una naturaleza del hombre en teoría cognoscible, ya sea de un cuerpo de leyes cerrado y homogéneo. Tomado un caso, el jurista debe limitarse a subsumirlo en la ley (positiva o natural) y aplicar consecuentemente sus dictados, el juez queda reducido a la voz ciega del legislador.

Esto nunca funciona así (cf. p. 93), afirma Kaufmann, que no en vano fue juez de lo penal, el juez nunca se limita tomar el caso y encajarlo en una ley, el lenguaje de la ley no permite su adaptación al caso sin una comprensión analógica del mismo. Ni la ley ni el caso tienen ningún valor por separado, sino que tan sólo puestos en relación generan efectos jurídicos, se hacen Derecho, y es la persona del juez quien tiene que ponerlos en relación, para lo que no podrá prescindir de sus prejuicios, pues ya todo conocer implica un juicio pre-

vio, de los que partirá para llevar a cabo la *equiparación* entre caso y ley, creando así el Derecho.

Podríamos argüir que esta postura deja totalmente libre el camino al subjetivismo, pero el propio Kaufmann se encarga de negar este extremo. En primer lugar, la hermenéutica no se limita a caer en el extremo del subjetivismo, sino que recoge, la importancia de la herencia de la *tradición* en la que se asienta nuestra realidad, como ya indicó Gadamer, “suelo común del mundo sobre el que vivimos” (p.106), de la que parte el que quiere comprender y con la que se crea una conexión, estableciendo así la historicidad del Derecho. Además, no se trata de abrir la puerta a la arbitrariedad, Kaufmann sigue sujetando a las partes del proceso a la ley, e indica repetidas veces que esta posición no implica facilitar las cosas al juez, sino más bien todo lo contrario, al obligar al juez a una autorreflexión mayor durante el proceso que le permita llegar a conocer el Derecho.

Es más, la introducción de la subjetividad del juez en el proceso no solamente no supone el giro hacia posturas de subjetivismo judicial, sino que consigue que este subjetivismo inevitable se haga explícito, salga a la luz, permitiendo una autorreflexión que nos lleve a su utilización o a su superación. En este juego participa muy especialmente la *espiral hermenéutica*, concepto acuñado por Winfried Hassemer. ¿Cómo funciona la espiral hermenéutica? En el momento en que se entra a conocer el caso, surge siempre una *pre-comprensión*, imprescindible para poder conocer en

qué dirección continuar, a partir de esta pre-comprensión nacerán, simultáneamente, la premisa mayor (norma concretizada o del caso), por medio de la inducción; y la premisa menor (comparación del caso o equiparación), a través de la analogía. El eje del proceso jurídico radicaría concretamente en la conformación analógica de la premisa menor, de la comparación entre lo menos conocido con lo más conocido. Una vez que se ha constatado si el caso se corresponde, o no, con lo que habíamos pre-comprendido (de ahí el movimiento de retorno) podremos llevar a cabo, o no, la subsunción. Regresamos, como se ve, a la pre-comprensión, pero no “caemos” sobre ella, sino que en el proceso hemos sido capaces de superarla, de elevarnos a un nivel superior.

Realicemos ahora un rápido análisis de lo que hemos señalado como “tercera sección” del libro, conformada por los tres últimos artículos. El primero de ellos, “Teoría de la justicia. Un ensayo histórico-problemático”, plantea un recorrido por las diferentes teorías de la justicia planteadas desde la Antigüedad a nuestros días, concluyendo en la necesidad de concebir la persona, y por tanto también la justicia, como un ente relacional, remarcando la indisoluble unidad entre persona y justicia. El segundo “Derecho y conciencia. Observaciones sobre el problema de la validez del derecho.”, se estudia el problema de la capacidad de las normas de derecho para generar reconocimiento por parte de los sujetos que deben obedecerlas. De nuevo se produce un recorrido (menos prolijo) por las diferentes posiciones

doctrinales al respecto, y de nuevo se busca la respuesta en la naturaleza personal de la misma conciencia. Por último, en “La universalidad de los Derechos humanos. Un ensayo de fundamentación”, de nuevo se fundamentará aquélla en la naturaleza relacional, esencialmente histórica, del hombre y los mismos derechos que le protegen.

Se entiende que los editores decidieran agrupar estos textos al final de la obra, ya que los tres se centran en temas más concretos que el resto del libro, prestando además menor atención a la hermenéutica jurídica, aunque siendo consecuente con ésta en cuanto a su concepción de la persona y del Derecho como entes relacionales y sujetos a la historicidad, conclusión que además comparten los tres artículos. Sin embargo, es posible que algún lector, esperando encontrar en estos artículos un ejemplo de “resolución práctica” de problemas iusfilosóficos a partir de la hermenéutica jurídica, quede decepcionado al descubrir cómo el autor deja una solución muy abierta para los problemas planteados.

Efectivamente, el mismo autor establece claramente en el citado “Teoría de la justicia...” que la hermenéutica jurídica no es suficiente por sí sola para dar una solución a la cuestión planteada en el texto, su función no llega a ese extremo. Recordemos aquí la función que Kaufmann asigna a la filosofía del derecho, como permanente reflexionar crítico, pero no como mágico proveedor de soluciones. La hermenéutica dará las condiciones trascendentales bajo las cuales se puede realizar la comprensión,

pero ni puede ni aspira a nada más. Sin duda habrá a quien esto le parezca insuficiente, pero puede señalarse ya que no es en absoluto un logro menor.

Retomando el texto al que hacíamos referencia al comienzo, ¿supera la hermenéutica jurídica el debate entre iusnaturalismo y positivismo jurídico? Llegados a este punto, habrá quien niegue este extremo, y que donde los dos rivales son en principio capaces de aportar soluciones, y soluciones científicas, la hermenéutica sólo nos ofrece un incómodo silencio. Sin embargo, ¿qué tipo de soluciones nos ofrecen iusnaturalismo y positivismo jurídico? Sin duda, se trata de soluciones exactas, y teóricamente fáciles de alcanzar mediante un procedimiento lógico, pero dependientes de una serie de premisas, como la objetividad total del juez o la concepción del Derecho como un sistema cerrado y coherente, que en la realidad no resultan aplicables. Es el esquema objeto-sujeto, tomado de las ciencias naturales, el que impide una aplicación realista de las soluciones de estas corrientes. Cuando incluso desde la ciencia natural se cuestiona la validez de éste esquema, especialmente a raíz de los avances obtenidos en física cuántica, que demuestran como la naturaleza del objeto puede modificarse en función del observador, con mayor razón podemos descartar su utilidad en el caso de las ciencias del espíritu, nos contesta el propio Kaufmann.

Por consiguiente, ¿qué aporta la hermenéutica jurídica? En primer lugar, la superación de la concepción objetivista del conocimiento, con la ventaja de evi-

tar a su vez hundirse en el subjetivismo o el escepticismo, sólo por lo cual ya merece ser tenida en cuenta como una alternativa a las corrientes mencionadas. En segundo lugar, señala el autor a lo largo de todo el libro, y aún más determinadamente, el concepto hermenéutico de la comprensión permite un enfoque más humano del proceso jurídico. Destaquemos de nuevo aquí una diferencia importante del positivismo y el iusnaturalismo frente a la hermenéutica jurídica: en los primeros el Derecho es algo dado de antemano, por la ley o por la naturaleza humana, tenemos que acudir a él y *dictar* lo que éste determine. En la hermenéutica, por el contrario, el Derecho se obtiene mediante el proceso judicial y la argumentación de la resolución, siendo a la vez objetivo y subjetivo, tiene una naturaleza relacional. Y es precisamente este carácter en el que radica la humanización del Derecho, ya que no se trata de algo ajeno al hombre, antes bien, es el fruto del esfuerzo del hombre, pues nace con su participación. Para el positivismo, bastaría con introducir en un ordenador las variables del caso, filtrarlas a través de una base de datos con los parámetros de lo que es “Derecho”, y que éste nos de la solución. Para la hermenéutica este resultado no sería Derecho, pues sin interpretación nos faltaría un elemento fundamental.

Sin duda, la arbitrariedad judicial es un riesgo que debemos a todas las luces evitar, y Kaufmann lo reconoce y rechaza como tal, pero si para ello tenemos que convertir al juez en la simple voz del legislador, estamos sin duda inu-

tilizando una herramienta vital, quizá la más valiosa con la que contamos, para la determinación del Derecho: la propia interpretación.

Una vez dicho esto, ¿qué nos aporta, como lectores, *Hermenéutica y Derecho*? Pues sin duda una lectura valiosa, para todo aquel que tenga interés en aproximarse a esta corriente iusfilosófica que continúa desarrollándose en la actualidad. A la hora de acercarnos a este libro no debemos olvidar que su propia naturaleza de recopilación de artículos condiciona el contenido del texto, y que por

tanto encontraremos cómo muchas ideas no han podido ser tratadas, por mera falta de espacio, con la profundidad que nuestro interés pudiera demandar, lo cual siempre puede subsanarse acudiendo a la propia bibliografía que aporta la obra. Sin embargo, se explican en la obra las líneas básicas de la hermenéutica jurídica, así como una base sólida para una siempre saludable reflexión.

*Manuel Viguera Monje*

Alumno colaborador

Área de Filosofía del Derecho