

elogiada puesto que gracias a ella conceptos bastante elaborados y que implican una cierta dificultad son puestos al alcance de todos, incluyendo a quienes son todavía legos en el arte del derecho.

Es bien sabido que el mérito de un maestro no radica en su destreza para hablar con otros sabios sino en la capacidad de transmitir la verdad de modo diáfano y sencillo a todos los que la buscan, así no sean doctos o letrados. Con esta pequeña obra, que renuncia a veces al tecnicismo en aras de la claridad, Javier Hervada demuestra una vez más que es un verdadero maestro.

*Camila Herrera Pardo*

Arthur KAUFMANN, *Hermenéutica y Derecho*, Editorial Comares, Granada, 2007, 207 pp.

Discípulo notable de Gustav Radbruch, el profesor Arthur Kaufmann heredó de su maestro la disciplina y la erudición que le llevaron a convertirse en un destacado catedrático de derecho procesal penal y de filosofía del derecho en las Universidades de Sarrebruck y posteriormente en Múnich, donde fue reconocido como profesor emérito. Su incesante labor científica en el ámbito jurídico, incluso hasta años previos a su muerte acaecida en 2001, se volcó en la elaboración de más de cuatrocientos trabajos especializados –traducidos muchos de ellos a varios idiomas–, donde desarrolló ampliamente sólidas ideas en ámbito del derecho penal, y dejando además una impronta muy significativa en los estudios contemporáneos de filosofía del derecho.

Fue tal vez su labor en la judicatura y el contacto con los casos prácticos de otorgar la justicia, lo que le llevó a impulsar sus estudios en la filosofía del derecho pues se nota en sus trabajos monográficos una incesante preocupación en destacar el papel fundamental de la interpretación del derecho, así como la labor del jurista y el papel del lenguaje como concepción objetiva del derecho para consolidar una decisión justa. Sumamente influenciado por la filosofía práctica de su tiempo, principalmente por los trabajos de D. Schleiermacher, W. Dilthey, P. Ricoeur, M. Heidegger y esencialmente de H.-G. Gadamer, Arthur Kaufmann encontró en la teoría de la hermenéutica filosófica un campo fértil para desarrollar ampliamente sus modelos jurídico-filosóficos, colocando su obra como un referente obligado para comprender cabalmente el ámbito interpretativo del derecho mediante la llamada *hermenéutica jurídica*.

En efecto, el libro que ahora comentamos reúne una serie de trabajos de Arthur Kaufmann que giran en torno al ámbito de la *hermenéutica* y el *derecho*, donde desvela con claridad esa intrínseca correlación teórica que entre ambas disciplinas existe, proporcionándonos con ello una claridad significativa en cuanto a la asimilación de este modelo interpretativo, útil para entender en nuestros días al concepto del derecho no como un simple *método* de normas que debe seguir el jurista —concepción tan socorrida por el positivismo legalista—, sino como una *comprensión* de la norma bajo sentido de tipo activa y creativa del jurista que llevan a una *aplicación* efectiva de la norma y con ello, de la justicia. Así, hermenéutica y derecho encuentran en la visión de Kaufmann ese vínculo oportuno que bajo la óptica filosófica, conducen al campo práctico de aplicación de la norma.

Derivado de esta premisa, el libro *Hermenéutica y Derecho* responde efectivamente a las necesidades contemporáneas de una respuesta teórica sólida para comprender de manera más profunda y objetiva las diversas concepciones derivadas de la llamada crisis del positivismo jurídico contemporáneo. Editado en el marco de la colección "Filosofía, Derecho y Sociedad" de la Editorial Comares, el libro que ahora comentamos proporciona una visión panorámica de la teoría kaufmanniana sobre la hermenéutica jurídica y aproxima al lector de lengua española a tener un contacto claro con la visión filosófica particular del autor, que ha tenido influencia significativa en muchos otros estudiosos contemporáneos de nuestra materia.

Se trata de diez trabajos anteriormente publicados en diversas revistas y cuidadosamente seleccionado por Andrés Ollero y José Antonio Santos, profesores de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, y que han sido reunidos en este volumen en un muy destacable orden temático, lo que permite entender de una manera más conveniente la relación entre la hermenéutica y el Derecho en la obra de Kaufmann.

Un elocuente estudio preliminar al libro lo ofrece Andrés Ollero en el ensayo titulado *Derecho, Historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann* que más que ser una síntesis de la obra del profesor de Múnich, es un desvelo de la influencia directa en su pensamiento particular como jurista de la obra del propio Kaufmann, pues en concisas ideas desarrolla lo que finalmente constituye la esencia de la teoría del jurista alemán, que se traduce en emplear a la hermenéutica como el eje conductor interpretativo para comprender la aplicación de la norma, y esto se refleja esencialmente en la labor del juez. Tomando como base los postulados de Kaufmann, el ensayo preliminar que presenta Andrés Ollero otorga a la labor jurisdiccional un papel fundamental en la aplicación del derecho. Del análisis de los conceptos de la historicidad y el lenguaje en la norma jurídica, como parámetros interpretativos que la hermenéutica considera,

tal y como lo estudió en su momento Kaufmann, se desprende que el derecho se constituye como un *acto de comprensión en el tiempo* que se articula, a su vez, mediante el lenguaje. La actividad jurídica cobra entonces un carácter de *filosofía práctica* para resolver los conflictos, y el juez —sujeto que por antonomasia otorga el derecho—, en su labor interpretativa emplea dichos parámetros racionales. De este estudio preliminar de Andrés Ollero el lector rescata los postulados generales del planteamiento hermenéutico de Kaufmann, mismos que se ven enormemente colmados y clarificados al emprender el estudio de los trabajos en particular que son compilados en esta obra monográfica.

En efecto, el primer trabajo de Kaufmann que se presenta, es un sugerente ensayo titulado *Sentido actual de la filosofía del derecho* el cual enfatiza el papel central de la filosofía como una herramienta que ayuda al derecho a llegar a decisiones justas. Revitaliza pues, el papel de la filosofía del derecho no como una asignatura más, sino como una causa eficiente que determina al derecho. Discrepa por tanto de las pretensiones de aquellos que intentan prescindir de la filosofía, dotando de claros ejemplos que demuestran el por qué es un conocimiento indispensable que ayuda a ajustar la razón de la verdad en el ámbito jurídico. Sugiere la necesidad de rescatar el estudio de la filosofía del derecho para lograr un derecho más justo y por tanto, más humano.

Podría pensarse quizá que la filosofía del derecho está dogmáticamente dividida entre aquellos que se califican como iusnaturalistas y aquellos que se reconocen como positivistas —esos “hermanos enemigos” como los califica el mismo Kaufmann—, pero la razón concreta de la validez de la filosofía va más allá del propio derecho natural y del positivismo jurídico, y así lo puntualiza Kaufmann en el siguiente trabajo recopilado, que bajo el título *Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica* describe cómo a partir del dualismo metódico kantiano entre el *ser* y el *deber ser*, se desentrañan estas discrepancias de tipo teórico, haciendo sobretodo una crítica justificada al derecho natural racionalista y al positivismo legalista, sugiriendo pues que para lograr una concepción más adecuada del derecho —y por ende la justicia— sería necesario prescindir del dualismo metódico entre el *ser* y el *deber ser* y por supuesto desechar la recurrente visión de equiparar al derecho con las leyes escritas. Así pues, Kaufmann precisa en su estudio que la cuestión radica en entender cómo el derecho puede ser *hermenéuticamente comprendido* partiendo de su lenguaje histórico vivo, es decir, mediante un acto interpretativo esencialmente de los textos donde aparecen las normas. Por ello considera que comprender un texto no es un asunto meramente receptivo, sino un proceder intelectual *práctico y conformador* de un derecho concreto e histórico, esto es, “aplicar el derecho”. En general, Kaufmann nos introduce en este ensayo a delimitar el campo de acción de la hermenéutica dentro del ámbito jurídico, destacando su utilidad

sobre los viejos esquemas que explicaban al derecho de una manera dogmática y metódica.

Así, en el siguiente trabajo titulado *Sobre el problema del conocimiento científico del derecho* Kaufmann reflexiona críticamente en torno a diversas posturas que hablan sobre contenido propio del derecho, en concreto sobre aquellas teorías contemporáneas procedimentales que tratan de explicarlo a la luz de posturas acotadas y científicas y que limitan al derecho —y con ello a la justicia—, hacia una visión parcial de la verdad, por lo que Kaufmann concluye que la cuestión epistemológica tiene una importancia trascendental en la comprensión jurídica.

Y siguiendo estas ideas, en el siguiente trabajo recopilado e íntimamente relacionado con el ensayo anterior, Kaufmann escribe sobre *La comprensión hermenéutica del método jurídico* donde desarrolla precisamente la visión epistemológica de la hermenéutica jurídica. Un valioso trabajo que ofrece al lector una claridad concreta al especificar que efectivamente la hermenéutica jurídica no es un método, sino una verdadera filosofía trascendental en el sentido de que permite al jurista formular las condiciones que hacen posible cualquier comprensión del sentido de la norma. Presenta así de un modo claro que es la *comprensión* —no el método— lo que conlleva al verdadero sentido del derecho, ya que ésta, desde una perspectiva *objetiva* (relación exclusiva el objeto y el sujeto) y a la vez *subjetiva* (elementos que proporcionan al sujeto el conocimiento fuera del mero objeto) permiten al sujeto cognoscente ubicarse en una perspectiva de juicio amplia no sólo de tipo meramente *reproductiva*, sino a la vez *creativa* (ese “horizonte de la comprensión” del cual Gadamer habló ampliamente), logrando con ello una correcta *aplicación* del derecho. Así, es la *comprensión* una herramienta verdaderamente efectiva en toda interpretación jurídica.

Pero la hermenéutica no es sólo un conjunto de ideas que podrían pensarse desde una perspectiva netamente metafísica, sino que tiene un sustento de tipo ontológico. Así Kaufmann en el siguiente artículo recopilado propone lo que ha titulado como una serie de *Ideas para una fundamentación ontológica de la hermenéutica jurídica*, identificando los presupuestos filosóficos que definen al ámbito hermenéutico. En gran medida apela a los sólidos postulados sostenidos por H. G. Gadamer en “Verdad y Método” donde logra demostrar el presupuesto ontológico de la hermenéutica como carácter comprensivo de interpretación. Y Kaufmann no duda en trasladar con agudeza intelectual dichos postulados gadamerianos al ámbito jurídico, sobretudo la famosa metáfora del “círculo hermenéutico”, ese proceso interpretativo de afinidad entre la denominación y lo denominado, entre lo mencionado por y en el propio lenguaje; esos *pre-supuestos* que motivan al intérprete desde el texto en su proceso de comprensión. En el ámbito jurídico sucede algo similar según sugiere Kaufmann:

el juez se enfrenta ante el texto dado, en este caso la norma, que en sí misma, como lenguaje, no evidencia derecho alguno; sólo a partir del caso al que se aplican las normas es como de éstas se pueden deducir supuestos de hecho dando un intercambio conceptual recíproco del caso a la norma y de la norma al caso. Y el juez, como sujeto que determina el derecho, se convierte él mismo en una parte de ese proceso conceptual.

Resulta pues muy loable la manera de argumentar que Kaufmann emplea para sustentar sus postulados, y el trabajo titulado *Sobre la argumentación circular en la determinación del derecho* viene a confirmar la utilidad de los presupuestos hermenéuticos en la actividad jurídica. Analiza ese "círculo interpretativo" que en el desarrollo de la teoría del derecho se ha venido esbozando ya sea con este término o con otros análogos tanto desde la visión iusnaturalista como la positivista. Entra en diálogo directo con contemporáneos suyos, e ideas claves de juristas como Welzel, Roxin, Radbruch, Esser, o el mismo Kelsen son estudiadas por Kaufmann para elaborar él mismo su postura. Las ideas filosóficas de Heidegger y Gadamer frecuentemente siguen siendo empleadas por Kaufmann para sustentar sus postulados y con ello demuestra su enorme formación filosófica que le dan una perspectiva más amplia sobre el caso en particular y por ello es que logra incluso contrastar los postulados filosóficos prácticos como los sugeridos por Habermas o por Luhmann.

Así pues, en el siguiente trabajo que lleva por título *La espiral hermenéutica* (siguiendo el concepto de aquella metáfora esbozada por Hassemmer) Arthur Kaufmann explica que dicha figura conceptual sólo puede entenderse a la luz de una conciencia filosófica fuerte en el ámbito hermenéutico, es decir, no sólo a través de un estudio aislado de la norma, sino de todo lo que a ella rodea. Con ciertos ejemplos sencillos tomados de la misma legislación alemana, Kaufmann logra ilustrar con profunda claridad el momento en que en el proceso jurídico entra en juego el círculo hermenéutico. Por todo ello, merece la pena para el lector realizar una segunda lectura profunda de estos ensayos de Kaufmann y acercarse incluso a su obra *Rechtsphilosophie* donde desarrolla de manera más profusa estas ideas, y por supuesto, aproximarse a las obras filosóficas que orientan el pensamiento kaufmanniano, principalmente la teoría hermenéutica de Gadamer.

Los tres siguientes ensayos reunidos en el libro *Hermenéutica y Derecho* son una muestra muy interesante de la visión de Arthur Kaufmann sobre problemas jurídicos típicos de la modernidad, a saber, la justicia, la validez del derecho y los derechos humanos. Una serie de estudios que realiza el profesor de Múnich sobre temas que en el debate contemporáneo han encontrado cabida no sólo en el ámbito jurídico, sino también en el filosófico. Kaufmann aporta así su concepción en torno a instituciones que merecen ser entendidas en torno a lo que algunos

filósofos han denominado como la "hermenéutica de la modernidad", ese comprender en un amplio contexto el fenómeno de la modernidad, sus implicaciones ideológicas y las instituciones que se ponen en juego dentro de ella.

En un artículo muy bien elaborado bajo el título de *Teoría de la justicia. Un ensayo histórico-problemático*, Kaufmann realiza un estudio del concepto de la justicia a la luz de las distintas aporías suscitadas en torno a la definición de ésta en la historia de la filosofía en general y de la jurídica en particular, destacando las principales posturas que han influido en la historia del pensamiento, desde aquellas concepciones de los antiguos griegos, pasando por la escolástica, hasta describir las posturas que se sustentan en la modernidad. A través de un breve recorrido por las principales ideas, autores y teorías, Kaufmann esboza un análisis ciertamente completo de los modelos filosóficos que han sustentado al concepto de justicia. Señala así cuál es el papel de la hermenéutica como esquema de entendimiento de lo que la justicia implica y ayuda a descubrir las condiciones trascendentales de la captación del sentido lingüístico con sus implicaciones en el concepto de justicia.

El siguiente trabajo que lleva por título *Derecho y conciencia. Observaciones sobre el problema de la validez del derecho*, explica ese sustrato de contenido obligatorio dentro de las normas tienen fuerza vinculante para sus destinatarios, esos contenidos que denomina como los "imperativos del legislador", es decir, Kaufmann entra en el análisis de la validez de la norma. Se perfila pues, por explicar la posibilidad de aceptación de la norma jurídica en base a su contenido por parte de la conciencia del obligado jurídicamente. Hace un recuento de las diversas fórmulas que se han esbozado en torno al concepto, desde las meramente sociológicas hasta las de corte positivista o incluso empírica. Aquí en efecto, la conciencia hermenéutica toma vital importancia porque ésta permite ubicar cuál es el contenido real de la norma, y el individuo objeto de la norma tiene que tomar conciencia de sus contenidos, pero una conciencia propia, una conciencia de carácter personal, con el carácter de ser hombre empírico-inteligible, donde éste debe ubicar que el contenido efectivo de las leyes coincidan con el contenido de las leyes humanas; su conciencia hermenéutica le ayuda a diferenciar los contenidos meramente puestos, de los efectivamente válidos. Ahí es donde Kaufmann identifica una relación importante entre derecho y conciencia, donde el hombre, como ente racional consciente, tiene el papel fundamental en la determinación de validez del derecho.

El interés de Kaufmann por la determinación de la validez de las normas, se ve también patente en su interés por tocar temas que se encuentran dentro del debate contemporáneo como lo es los llamados derechos humanos, esquema jurídico donde se discute, en efecto, la universalización de la validez del derecho en normas concretas. Así, en el último trabajo con el título *La univer-*

*salidad de los derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, recopilado en el libro que comentamos, Kaufmann ilustra las raíces teóricas del concepto de universalización de derechos, que indudablemente encuentra en sí un contenido ético, y por ello, acude ciertos fundamentos teóricos que explican la ética de contenido. Desde los esquemas trazados por Kant, hasta los sugeridos por los utilitaristas, Kaufmann identifica el error de fundamentar el aspecto de validez en una *ética discursiva* (ética normativa), aquella que sólo tiene que ver con reglas de procedimiento, y en cambio se adhiere a concebir una *ética de contenido*, aquella que apela precisamente por fundamentar ontológicamente los contenidos éticos de la conducta. La cuestión de la universalización de los derechos humanos radica fundamentalmente en proteger mediante las normas la esencia de la naturaleza del hombre, primordialmente la vida, y reconocer además que efectivamente existe una dignidad humana que salvaguardar; esto se traduce en términos normativos como los *contenidos esenciales* de los derechos humanos y que además para lograr el carácter de validez universal, tienen que estar cimentados en el respeto por el derecho de los otros. Identificar pues esos contenidos, fuera de falaces argumentos que tratan de opacar su contenido real, es una labor hermenéutica, es decir, una labor de comprensión.

El libro *Hermenéutica y Derecho* de Arthur Kaufmann está llamado a ser una importante obra de referencia para aquellos juristas interesados en conocer de manera más profunda la teoría contemporánea de la hermenéutica jurídica, pero también significa un buen referente para los estudiantes de derecho quienes, ávidos de conocimiento, buscan comprender desde las aulas el fenómeno interpretativo del derecho a través de autores que clarifiquen con sus maduras ideas, las inquietas aspiraciones jurídicas de la juventud.

Resulta importante destacar la encomiable labor de los editores de seleccionar, revisar arduamente y, en su caso, ampliar las traducciones de los trabajos que se publican en el libro, ya que se ha logrado una loable homogeneidad en cuanto a los términos, lenguaje y estructura de los artículos aquí reunidos, que facilitan al lector a una amena comprensión de los mismos.

En suma, *Hermenéutica y Derecho* representa una buena ocasión para adentrarse de manera más directa en el pensamiento jurídico-filosófico de éste profesor de la Universidad de Múnich, pero quizá aún más, es una invitación para el lector de acercarse de manera más directa a los diversos autores de quienes Kaufmann ha aprendido la filosofía hermenéutica, e incluso a los autores sobre quienes ha influido, porque la teoría de la hermenéutica jurídica sigue diciendo mucho a través de connotados autores contemporáneos de quienes podemos contrastar su pensamiento hoy día en este inagotable diálogo académico.

Copyright of *Persona y Derecho* is the property of Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.