

Juan Antonio Pabón Arrieta*

Arthur Kaufmann y la hermenéutica jurídica actual

Arthur Kaufmann and the juridical current hermeneutics

*A Numas Armando Gil Olivera y
en memoria de Luis Villar Borda*

Recibido: 15 de diciembre de 2010 / Aceptado: 4 de abril de 2011

Un cuento que me impactó en la infancia cuando lo escuché en la bella narración de una querida y bien recordada maestra samaria, fue El traje nuevo del Emperador del escritor danés Hans Christian Andersen, en el que se describe cómo dos charlatanes que se presentaron ante un reino imaginario, lograron tramar y estafar a un presumido rey que solo estaba atento a sus vestidos y cómo debía lucirlos ante sus súbditos, sin interesarle nada la suerte del reino y de sus habitantes. Más que reír, que lo hice, y sentirme feliz momentáneamente, con el hecho de que los charlatanes estafadores lograron hacer desfilar desnudo al rey, con la complacencia de sus consejeros, quedé perplejo ante la voz del niño en el cuento que dijo ante la multitud: “-¡Pero si no lleva nada encima! (...)” (Hans, A. [s.f.], p. 522).

El que fuera un niño que desde su inocencia, lograra descubrir que el rey estaba desnudo y que el niño pusiera en evidencia lo que estaba a la vista y nadie captaba, tal y como era en su esencia y su apariencia, y que solo él fuera el que lograra comprender el horizonte de sentido de la situación, y penetrar a través de la apariencia en la esencia de la situación y revelarla, fue toda una revelación para mí. ¿Por qué un niño logró comprender la situación?, constituyó una pregunta sin respuesta que me acompañó durante largo trayecto de mi vida.

Llama la atención, que lo que como niño observé del cuento, como maestro en mi hogar lo viví con mi hijo menor, Juan Sebastián, en ese entonces de ocho años, que en el momento en que les explicaba a mis hijos, Alfredo y Patricia, el primero egresado de Derecho y la segunda

* Abogado. Magister en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad Alcalá de Henares. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario y en Derecho Penal de la Universidad del Atlántico. Docente de la Universidad Libre.

en inicios de la carrera de Derecho, el conflicto entre ley y derecho, y entre justicia y ley en la desobediencia de Antígona frente al decreto de Creonte en el que ordenaba bajo pena no darle sepultura a su hermano Polinices por haberse levantado en armas en contra de Tebas, Antígona se rebela en contra.

Al preguntarles a Alfredo y a Patricia, cuál era en esencia el conflicto entre el decreto de Creonte y la desobediencia de Antígona, y ante la equivocación de sus respuestas; levantó la mano Juan Sebastián que no formaba parte del diálogo, y solicitó ofrecer una respuesta. Ante la insistencia de Juan Sebastián se le otorgó el uso de la palabra, y nuestra sorpresa fue mayor, ya que respondió que era un conflicto en contra de la justicia, ya que todos los seres humanos tenemos el derecho a ser enterrados luego de muertos.

Comprender, todo es comprender, no existe edad para el comprender, es suficiente el uso libre de la razón y con ayuda de los sentidos, esa es la actividad del hombre para relacionarse con la naturaleza, la sociedad y consigo mismo para lograr conocer y conocerse y para encontrar su destino y ordenarlo, encontrarse él mismo y encontrarse con los demás. Comprender el entorno y comprenderse a sí mismo. Comprender, en sociedad y en la soledad, para interpretar y aplicar el derecho que él mismo ha creado como instrumento para la convivencia. Y ese derecho, crearlo a un caso determinado con la finalidad de realizar el ideal ético de la justicia, crear el derecho desde la tradición que trae el hombre concreto dentro de una determinada cultura,

incluida, la jurídica, en la realidad diaria de la vida, ha sido en el pasado, lo es en el presente, y seguro, lo seguirá siendo en el futuro, una labor particular de la hermenéutica, específicamente, de la hermenéutica jurídica.

Comprender es atrapar el sentido de las cosas desde la tradición, en la medida en que no se puede realizar la comprensión más o menos correcta, sino es comprendiendo desde la herencia que se recibe de nuestros antepasados, fijada en la cultura, y que es el presupuesto ontológico básico de la hermenéutica. Así, el sujeto en forma activa participa en la comprensión, la crea y la recrea y modifica el entorno, pero desde el ser ahí. Empero, la recepción de la tradición no puede ser una labor mecánica y repetitiva, por el contrario, es una labor modificadora de la tradición misma, que se enriquece con la comprensión cada vez que el hombre retorna al texto a comprender.

Este fenómeno de la hermenéutica no escapa a la actividad jurídica, lo que quiere decir que, solo es posible comprender, comprendiendo desde la tradición particular del hombre. Por tanto, fuera de la actividad de la comprensión de la realidad que por herencia se nos aparece frente a la vista, y de todos los sentidos, y sin penetrar en esta realidad para auscultar sus esencias jurídicas, es como es posible comprender en forma más o menos correcta algo. En otras palabras, se comprende desde la tradición, sin embargo, en la comprensión cada vez que uno se apropia de la tradición la va modificando, y la tradición resulta otra.

Esta labor de la comprensión desde la tra-

dición, constituye toda una actividad de orden hermenéutico y es crucial en la revelación del horizonte de sentido de las normas jurídicas. Revelar, desentrañar lo que permanece oculto en las normas jurídicas, y tal desentrañamiento de lo que está oculto, no es una simple deducción lógica de normas jurídicas desde la pureza de estas. Por ello, la hermenéutica jurídica parte de la tradición para lograr hacer posible la creación de una decisión justa y correcta, entre las variadas gamas de decisiones justas y correctas que pueden crearse.

Comprender, el no reír ni llorar, solo comprender, es hoy, la gran labor del jurista en su tarea de interpretar las leyes, y de interpretarlas desde una actividad creadora, y de riesgos. Esta actividad creadora en la comprensión jurídica es una gran contribución que la hermenéutica jurídica ha tomado de herencia de la hermenéutica filosófica, y, esta herencia, que ha implicado una gran transformación en la ciencia del derecho, y en la creación de decisiones jurídicas justas y correctas, bueno es reconocerlo, se debe en gran medida a filósofos del derecho de la talla de Luis Recasens Siches, Carlos Cossio y Arthur Kaufmann, entre otros.

Hago memoria y traigo al presente la escena que, frente a la ignominia de los procesos de Moscú y de sus consecuencias, uno de los dramas del siglo XX, en el cual el totalitario régimen político de José Stalin, desconociendo las reglas humanitarias y las garantías judiciales, exterminó a miles de soviéticos por delitos que no cometieron; una mente brillante como la de León Trotsky se acordaba de Baruch Spinoza y

en la vivencia del drama llamaba a comprender, y decía:

“(...). Los procesos de Moscú deshonran al régimen político que los concibió ¡el régimen del bonapartismo sin honor y sin conciencia! Todos los ejecutados murieron maldiciendo a ese régimen.

Que quienes lo deseen derramen lágrimas amargas porque la historia avanza con tanta irresolución: dos pasos hacia adelante, uno hacia atrás; pero las lágrimas no son de ningún provecho. Es preciso de acuerdo con el consejo de Spinoza, ¡no reír ni llorar, sino comprender!” (Trotsky, L. 1973, p. 261).

Trotsky se refería a la carta que escribió Baruch Spinoza en septiembre de 1665, dirigida a Henry Oldenburg, secretario de la Sociedad Real de Londres, en la que le anuncia estar escribiendo una obra que por su contenido se puede tratar del *Tratado Teológico Político*, y en la que Spinoza recordaba el célebre anciano que reía de todo en la historia de Demócrito, en contraposición con un importante personaje de Heráclito que reía como respuesta por todo el mal que veía. Spinoza, expresaba:

“A mí, empero, esas turbas no me incitan ni a reír ni a llorar, sino más bien a filosofar y a observar mejor la naturaleza humana” (...). “Pues no pienso que me sea lícito burlarme de la naturaleza y mucho menos quejarme de ella, cuando considero que los hombres, como los demás seres, no son más que una parte de la naturaleza” (Espinosa, J., 2007, pp. 37-61).

Comprender, solo comprender, ni reír, ni llorar, seguir la tradición, pues no solo hay que

rechazar la risa del célebre burlón, sino también las lágrimas como una respuesta. Comprender, es la tarea de la hermenéutica jurídica y, es Arthur Kaufmann uno de los que mejor la expone. Por ello, este trabajo dedicado a la hermenéutica jurídica tiene como centro de estudio el pensamiento de Arthur Kaufmann.

1. Mi encuentro con Kaufmann

Antes de estudiar a Kaufmann y su hermenéutica jurídica, me debatía entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, en la incertidumbre que ofrece la duda cuando se presenta no como un método, no como un procedimiento o un camino para entrar al encuentro aproximativo y participativo con la verdad en un ambiente de pluralismo y tolerancia, sino como fruto de la confusión, de la oscuridad y el caos.

Cuestionaba el punto de vista que el derecho era igual a la ley, pero carecía de argumentos iusfilosóficos con suficiente peso para lograr superar ese limitado punto de vista de considerar que el derecho era igual a la ley positiva. En otras palabras, comprendía de alguna forma que, por la vía de la identificación del derecho con la ley, se crean las condiciones para fundamentar e intentar justificar las violaciones a los derechos y a las libertades por parte de instituciones autoritarias y antidemocráticas, como lo había realizado el fascismo y el nazismo.

Pero la comprensión de que algo olía a mal en los terrenos del positivismo jurídico era muy incompleta, en la medida en que no encontraba la claridad y la esencia del por qué no estaba de acuerdo con la versión del positivismo jurídico

en lo que hace referencia a lo que es o debe ser el derecho, a pesar de sus raíces garantistas y democráticas.

No estaba de acuerdo con la identificación de derecho y ley, pero no desconocía que el positivismo legalista había nacido como una respuesta a la arbitrariedad, y como una corriente del pensamiento jurídico y filosófico encaminado a las garantías para las libertades y los derechos de las personas.

Del positivismo jurídico, también conocía y estaba de acuerdo y lo estoy con el principio de legalidad, y de la función garantista que esta institución tenía y tiene; lo mismo, de la existencia de principios como el que no existe crimen sin ley que la defina previamente o el de la tipicidad del delito o del debido proceso; sin embargo, me negaba a reconocer que derecho y ley eran lo mismo, y no podía entender cómo una corriente del pensamiento que nació como respuesta a la arbitrariedad fue utilizada por los regímenes totalitarios en forma abusiva.

Por otra parte, la conexión justicia y derecho constituía una antinomia que no podía encontrarle el correcto sentido de cómo resolverla, de cómo compaginarla; en especial, cuando se identificaba derecho con justicia. Sabía que derecho y justicia no eran lo mismo pero no lograba fundamentar correctamente en qué estribaba su diferencia y la esencia de cada una de ellas.

La historia me demostraba que existen principios rectores de la justicia válidos en todo tiempo y lugar, por ejemplo, que lo igual debe ser tratado en forma igual, y que lo desigual debe ser tratado en forma desigual; o, que lo jus-

to es darle a cada uno lo que se merece o el de que la justicia era y es proporción, la dignidad humana, hacer el bien, no matarás, no robarás; sin embargo, estas reglas válidas en todo tiempo y lugar requerían de determinación y de contenidos materiales.

Tenía conciencia que el iusnaturalismo filosófico jurídico, al identificar justicia con derecho, mejor, al reducir el derecho a la indeterminación de lo que es o debe ser la justicia, presentaba inseguridad jurídica en la sociedad y a los derechos y libertades de las personas, en la medida en que la ausencia de claridad y certeza del derecho bajo esta perspectiva y la particular variabilidad subjetiva de lo que cada cual expresa como justicia, ofrece demasiada incertidumbre y permite la arbitrariedad, y la confusión entre valores éticos y derecho, y la práctica del iusnaturalismo por la dictadura franquista lo demostró.

La misma historia me confirmaba que existían valoraciones acerca de la justicia que no eran fijas en el tiempo, y que por el contrario, eran y son mudables. Para mi fortuna, un hecho feliz me trajo a la ruta que me condujo a encontrarle la comprensión correcta acerca de lo que debería ser la justicia y el derecho, y de cuáles eran y son sus conexiones.

El hecho feliz fue haberme encontrado en 1999 con un amigo del bachillerato, y compañero de ilusiones de justicia y de estudios de filosofía política y del arte en nuestra primera juventud, Numas Armando Gil Olivera, que estaba al frente del Instituto de Filosofía de la Universidad del Atlántico y de la Cátedra Julio

Enrique Blanco, instituto que en un acto bárbaro y arbitrario fue suprimido por una rectora anti-caribe, pero que la academia lo mantiene vivo pues aunque no existe en la estructura burocrática, permanece en la academia y la memoria no lo deja desaparecer.

Numas Armando Gil me retó a que volviera al camino de la filosofía, y mi señora me animó, y me invitó a la presentación de la *Filosofía del Derecho* de Arthur Kaufmann que acababa de ser traducido y editado en el Externado de Colombia por el desaparecido y brillante maestro Luis Villar Borda, y al lado de ambos participé en la presentación de la obra de Kaufmann. Este acto oficialmente constituyó la presentación de la obra y así lo registra José Antonio Santos, en su obra *Arthur Kaufmann en la encrucijada de la filosofía jurídica alemana de la posguerra*:

“Por otro lado, también trabó amistad con el profesor de la Universidad Externado de Colombia Luis Villar Borda, Presidente Honorario de la Asociación de Filosofía del Derecho y Filosofía Social de Colombia, en el Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social celebrado en 1991 en Gotinga. En este congreso comentó a Kaufmann que le había gustado mucho su obra *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit* y le pidió permiso para llevar a cabo la traducción en castellano, a lo cual este accedió. Posteriormente le regalaría su *Rechtsphilosophie* de 1997 sugiriéndole si podría realizar la traducción de la obra. A raíz de la traducción de este importante libro,

Kaufmann tuvo una mayor influencia en Latinoamérica. El citado libro sería traducido en coautoría junto a su colaboradora, formada en Heildeberg, Ana María Montoya. A pesar de no compartir sus planteamientos, muestra un gran respeto intelectual por su obra. También su influencia se aprecia en Numas Armando Gil Olivera, discípulo de Rafael Carrillo y Presidente de la Asociación Colombiana de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, (...)” (Santos, J., 2008, pp. 256-257).

En el mismo texto citado, José Antonio Santos, expresa con admiración que se editaron 2500 ejemplares en Colombia. Una vez agotada se hizo una reimpresión en 2001, y exalta que se ha vendido más que en Alemania, muy a pesar, que Alemania es una nación en donde nació la imprenta y con mayor nivel de lectura. En esas mismas páginas, están las notas a pie de página 106 y 109, en la que en la primera se expresa: “La traducción de esta obra se presentó por Luis Villar Borda en la Universidad del Atlántico, a invitación de la Cátedra Julio Enrique Blanco del Instituto de Filosofía, en Barranquilla. Se le hicieron un par de reseñas rigurosas de juristas prestigiosos del ámbito colombiano, como Juan Pabón y Julio Ojito Palma, Gil Olivera, N.A.: <Murió el profesor Kaufmann>, en *El Heraldo*.”

Gracias a Numas Armando Gil, llegué a Kaufmann, luego a Gustav Radbruch —maestro de este—, a Hans George Gadamer, Martín Heidegger, Paul Ricoeur, Jean Grodin, Baltasar Gracián, Quintiliano de Calahorra —a este gigante gracias a Eleucilio Niebles— a Emilio Betti,

Lorenzo Valla, Giambattista Vico, Juan Vives, Carlos B. Gutiérrez, y retorné a los estudios de Platón, Aristóteles, el Eclesiastés, el Evangelio según Juan, en fin, a los estudios de hermenéutica.

2. La hermenéutica, una filosofía

Mi encuentro con Kaufmann, huelga anotar, el estudio de su obra, de su obra que está en español o parte de ella, me puso en camino a una dirección distinta de lo que constituye la interpretación y la hermenéutica jurídicas, y en este encuentro se produce un fenómeno del conocimiento que funciona como un acontecimiento, y es el estremecimiento de lo que se consideraba y en parte es una idea dominante todavía de lo que se entiende por hermenéutica jurídica.

Es sabido que la hermenéutica jurídica había sido considerada como un método, era la idea generalizada que sobre ella se ha tenido y se continúa teniendo en amplios círculos de las distintas disciplinas del saber. En la modernidad, la idea de una realidad externa al hombre, realidad a conocer por un sujeto cognoscente, y el de que la comprensión en un fenómeno mecánico y pasivo, es una idea predominante.

En la modernidad, el sujeto es concebido por serias corrientes del pensamiento occidental como un sujeto separado de la realidad, y la comprensión como una apropiación de parte del sujeto de la realidad que existe independiente del sujeto, y por tanto, esa comprensión es una actividad pasiva y refleja de la realidad, y se realiza mediante el método; y, en este sentido la verdad es algo ajeno al hombre y la comprensión es

apropiación de la realidad. Bajo esta perspectiva de la hermenéutica como método, como camino, como procedimiento se rebela Kaufmann.

La idea metodológica como fuente de la comprensión se observa en las obras de Renato Descartes, en especial, en *Discurso del Método* y en *Reglas para la dirección de la mente*. En esta, en la regla 3ª se expresa:

“En cuanto a método, entiendo por ello reglas ciertas y fáciles cuya exacta observancia permite que nadie tome nunca como verdadero nada falso, y que, sin gastar inútilmente ningún esfuerzo de inteligencia, llegue mediante un acrecentamiento gradual y continuo de ciencia, al verdadero conocimiento de todo lo que sea capaz de conocer.

(...). Pero, si el método nos da una explicación perfecta del uso, qué hacer de la intuición intelectual para no caer en un error contrario a lo verdadero, así como del medio de hallar deducciones que nos permitan llegar al conocimiento de todo, nada más, creo yo, se exige para que sea completo, puesto que ninguna ciencia se puede adquirir más que por medio de la intuición intelectual o por medio de la deducción (...)” (Descartes, R., 1983, p. 157).

Frente a esta confianza absoluta a la razón y al método como hilo conductor para conquistar la verdad como realidad exterior al sujeto, y al método como el hilo de Teseo que permite la correcta orientación para encontrar la realidad, la rebelión de Kaufmann se expresa, así:

“II. La hermenéutica jurídica.

Por hermenéutica se entiende la frase que vulgarmente dijera Friedrich Ernest Daniel Schleiermacher como el “arte del comprender”. Si bien esto es cierto, no es exacta, por el contrario, la opinión frecuente de que la hermenéutica es un método entre varios posibles. Con seguridad, tiene también funciones metodológicas especialmente en las ciencias comprensivas. Pero, considerada en su esencia, la hermenéutica no es un método, sino filosofía trascendental. Esto ya lo fue para Schleiermacher y ha continuado siéndolo para genuinos hermeneutas posteriores como Dilthey, Gadamer y Ricoeur. Es una filosofía trascendental en el sentido de formular las condiciones que hacen posible cualquier comprensión del sentido. Como tal, no describe método alguno; solo dice bajo qué presupuestos puede ser algo comprendido conforme a su sentido. Y puesto que nada en cuanto existe sería inaccesible al intelecto. La comprensión (¡no el método!) de la “física”, la “religión” o la “economía” se produce con arreglo a las mismas condiciones trascendentales que la comprensión del “derecho”. En ningún caso, se puede malinterpretar la universalidad de la hermenéutica como algo absoluto, la hermenéutica no es sino una de las varias posibilidades que tenemos de tratar con el mundo, y también con el derecho. En consecuencia, no se excluyen otras teorías como, por ejem-

plo, la analítica o la argumentación, antes más bien las recomiendo por ser completamente necesarias” (Ollero, A. y Santos, J., 2007, pp. 92-93).

La posición de Kaufmann es categórica, la hermenéutica no es un método, entre los distintos métodos que se pueden utilizar como reglas o procedimientos para comprender la realidad; sino que ella, es una filosofía que se encarga de estudiar y reflexionar sobre las condiciones que hacen posible el comprender, y que no desecha los métodos como instrumentos o caminos de la comprensión, pero, no se limita a las reglas del método ni al procedimiento. La hermenéutica tiene en este sentido un aspecto de universalidad que no puede ser entendido de forma absoluta, por el contrario, convive con otras formas de comprensión.

Kaufmann tiene claro que la comprensión es una actividad del ser, y es desde el ser que se comprende, y en el lenguaje, y como la comprensión se realiza en el ser, la comprensión constituye una manifestación del ser en la que él mismo se autocomprende, comprende comprendiéndose como parte integrante de esa realidad a comprender. Anota Kaufmann que la hermenéutica toma en consideración los ingredientes irracionales y los comprende en forma racional. Kaufmann lo sostiene, así:

“Ciencia del derecho, ¿solo un arte? Computar lo irracional con lo racional, esto hace la hermenéutica. Tal y como ya se expuso en el capítulo anterior, la hermenéutica misma no es irracional. Ella solo quiere arrojar luz en los procesos que

no son racionales o no lo son exclusivamente. Y que precisamente el sentimiento jurídico tiene que ver con la hermenéutica, fue reconocido muy tempranamente por el genial Gustav Radbruch. Este escribió en un ensayo en 1907: “El sentimiento jurídico anticipa el resultado, la ley debe dar luego los fundamentos y límites para ello”. Y en 1932 agregó sobre eso: “El sentimiento jurídico exige un espíritu ágil, que pueda pasar de lo particular a lo general y nuevamente de lo general a lo particular”. Es difícil decirlo mejor. El sentimiento jurídico es el arte de tener pre-comprensiones (pre-juicios) correctas. Todavía de manera más aguda, particularmente perspicaz, dijo Albert Einstein: “La fantasía es más importante que el saber”. Las pre-comprensiones son lo humano en la aplicación del derecho, ninguna técnica por desarrollada que sea la puede medir” (*Filosofía del Derecho*, 2002, p. 127).

Se comprende, comprendiendo, no existen reglas ni caminos que garanticen el resultado, es el resultado él comprueba la corrección del método y del camino, y aquí es, como entiende o puede entender la brillantez del gran poeta español don Antonio Machado cuando expresó:

“Caminante, son tus huellas
el camino, y nada más;
caminante, no hay camino,
se hace camino al andar.
Al andar se hace camino,
y al volver la vista atrás

se ve la senda que nunca
se ha de volver a pisar.
Caminante, no hay camino,
sino estelas en la mar”

(Machado, A., 2004, p. 91).

Los caminos los edifica el ser, pero aun existiendo varios, la elección previa del camino o de los caminos, no siempre asegura la corrección del resultado, y es, el resultado correcto el que al final indica si el camino, el método o los métodos elegidos, han sido los correctos, y en esto el gran poeta castellano coincide con Kaufmann cuando expresa:

“Con agrado habrán de leerse las sentencias siguientes:

Radbruch: “La interpretación es el resultado, el medio de interpretación será elegido después que el resultado ha sido verificado”.

Engisch: La creación del derecho “es una constante interacción, un ir y venir de la mirada entre la premisa mayor y circunstancias de hecho”.

Comte: “Conocimiento de las reglas y conocimiento a través de las reglas” (*Filosofía del Derecho*, 2002, p. 167).

3. La superación del objetivismo de la ciencia moderna y la historicidad del derecho en la hermenéutica como filosofía

En la perspectiva de la concepción metódica de la ciencia moderna, Kaufmann siguiendo a Hans George Gadamer, como estudioso que lo fue de este, en especial, luego de los años 80 del

siglo pasado, critica el objetivismo de la ciencia moderna, como forma del comprender, y la crítica la realiza en razón a que el sujeto se enfrenta a la realidad como si no formara parte de la realidad misma, y como si esta se conformara por fuera de la historia del ser.

Para Kaufmann, el proceso de determinación del derecho no es un mero acto o actividad en la que el sujeto, mediante la subsunción de la realidad a una norma jurídica positiva existente en el ordenamiento jurídico, deriva el derecho, como lo plantea el positivismo objetivista de la ciencia moderna. Muy por el contrario, para él, esta es una mera actividad pasiva, lógica e incorrecta, por fuera de la realidad del ser en el tiempo, y por tanto, no conduce a la creación de un derecho más o menos correcto y algo justo en cada caso particular.

Kaufmann es del criterio que la subsunción es una actividad incompleta para la creación del derecho, y que para la creación del derecho por pertenecer solo al ámbito de la lógica formal, para su determinación, hay que ir más allá de una mera actividad receptiva de subsumir el caso a la ley, y expresa que la determinación del derecho, es un acto creador del hombre, y que en este proceso el ser ontológicamente se manifiesta como un ser para la vida que actúa desde la tradición modificando esta. Así, sostiene:

“La hermenéutica se enfrenta al concepto objetivista del conocimiento objetivista del conocimiento, suprime el esquema sujeto –objeto (aquel que reconoce al objeto en su pura objetividad sin

adición de elementos subjetivos— conocimiento como “reproducción” del objeto en la conciencia) para los fenómenos de la comprensión (se aplica hoy a las ciencias naturales). Más bien, la comprensión es a la vez objetiva y subjetiva; que lo comprendido se introduce así mismo en el “horizonte del comprender” y, en vez de limitarse a recibir pasivamente en su conciencia el objeto a comprender, contribuye a crearlo. En otras palabras, no “subsume” sencillamente el caso bajo la ley y se sitúa completamente fuera de este proceso, sino que cumple un papel creador-activo en la denominada “aplicación del derecho”. Y como es inútil buscar una “corrección objetiva” del derecho, al margen del proceso de comprensión hermenéutica, por la misma razón está llamado al fracaso cualquier intento de separar, en las ciencias comprensivas, racionalidad de personalidad del comprender” (Kaufmann, A. [S.F.] p. 93).

Él, por tanto, considera que en el proceso de creación del derecho, como un procedimiento mediante el cual el sujeto capta la realidad, capta la cosa materia de comprensión, y le incorpora su propia personalidad, por tanto, no deduce el derecho de un subsumir la ley al caso, sino a una transformación de la realidad utilizando la ley como material de trabajo. Por esto, es contundente su crítica a la creación del derecho como un mero procedimiento formal de subsunción por fuera de la historia del ser que comprende, e incluso, se manifiesta en contra de este tipo de

enseñanza del derecho: “Hasta dónde está dominada la idea de la subsunción (la aplicación del derecho es una conclusión puramente deductiva de la ley) que infortunadamente todavía aquí y allá en las universidades se enseña (...)” (*Filosofía del Derecho*, 2002, p. 115).

Como puede observarse, en esta crítica al objetivismo y de la ahistoricidad de la ciencia del derecho y de la creación del derecho, existe una coincidencia de Kaufmann con la hermenéutica jurídica gadameriana. Gadamer dice:

“(...). En la medida en que el verdadero objeto de la comprensión no son eventos sino “significados”, esta comprensión no se describe correctamente cuando se habla de un objeto en sí y de un acercamiento del sujeto a él. En toda comprensión histórica está implicado que una tradición que nos llega habla siempre al presente y tiene que ser comprendida en esta mediación, más aún, como esta mediación. El caso de la hermenéutica jurídica no es por lo tanto un caso especial, sino que está capacitado para devolver a la hermenéutica histórica todo el alcance de sus problemas y reproducir así la vieja unidad del problema hermenéutico en la que vienen a encontrarse el jurista, el teólogo y el filólogo” (Gadamer, H., 2006, pp. 400-401).

Posteriormente, Gadamer, agrega que no es sostenible la idea de una dogmática jurídica total bajo la que se pudiera fallarse cualquier sentencia por mera subsunción (Gadamer, H., 2006, p. 402).

4. La superación del iusnaturalismo y del iuspositivismo por la hermenéutica jurídica

Kaufmann descubre que la lucha entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo constituye una lucha entre hermanos, que por mucho que parezca un enfrentamiento entre dos rivales que no tienen semejanzas, por el contrario, es una disputa entre semejantes, y que además, tomar partido a favor de cada uno de ellos ha constituido un tremendo error histórico, en la medida en que esta es una lucha sin sentido, y de que lo que se debe hacer es impulsar la superación de esta disputa entre hermanos. Identifica las semejanzas entre iusnaturalismo y del iuspositivismo así:

“Esta semejanza entre estos enemigos irreconciliables se manifiesta especialmente en tres puntos:

1. El “concepto ontológico sustancial del derecho”, que ve a este como algo cosificado, rígido y establecido *a priori*; por un lado, la “naturaleza”, sea esta lo que sea; por otro lado, la “ley”.
2. La “ideología de la subsunción”, que exige deducir las decisiones jurídicas concretas de normas superiores procediendo, de una forma puramente deductiva y “estrictamente lógica”, sin recurrir a la experiencia. Para el derecho natural, este razonamiento de subsunción ha de inferir de unos principios ético-jurídicos absolutos las normas de derecho positivo, y de estas las decisiones jurídicas concretas. Para el positivismo, dichas decisiones han de ser deducidas de las leyes, con

la ayuda de las directrices del propio legislador –los “materiales legales”– mediante un simple silogismo (“modus bárbara”).”

3. La idea de que existe un “sistema cerrado”. Conforme a eso, tanto el derecho natural como el positivismo, pretenden formular, por vías puramente deductivas, una suma de proposiciones legales completas y sin lagunas, prontas para el uso y no necesitadas de interpretación alguna, con las cuales resolver cualquier cuestión jurídica posible (Kaufmann, A. [S.F.] pp. 91-92).

Al identificar las semejanzas de las dos corrientes, él, identifica las debilidades de las dos y muestra cómo, a pesar de sus debilidades, ellas pueden aportar a la creación del derecho correcto, e identifica cómo es necesario acudir a la hermenéutica como una alternativa para la comprensión correcta de lo jurídico que permita la creación del derecho correcto.

Se apoya en lo fuerte de ambas corrientes, mas le introduce un conjunto de elementos, entre los que pueden destacarse los siguientes:

1. El rescate de la idea de un derecho natural histórico, esto ya lo había formulado Tomás de Aquino en su *Tratado de la Justicia y la Ley*, la justicia, debe ser histórica, y por tanto, el derecho es histórico también, y el derecho nave en la historicidad del ser. 2. Derecho no es equivalente a la ley positiva, como tampoco el derecho puede ser equiparado a la justicia. 3. El derecho es un acontecimiento del ser, por consiguiente,

es lenguaje y se crea en el lenguaje, en el diálogo intercomunicativo, en un ambiente de tolerancia y de libertad entre iguales. 4. Si bien el derecho y la moral son dos esferas independientes, entre estas existen comunicaciones, y tomando a Radbruch no puede existir un derecho extremadamente inmoral porque deja de ser derecho. 5. La ley y el derecho se determinan en cada caso concreto. 6. Las leyes son materiales de trabajo en manos del jurista, este las trabaja y con ellas crea el derecho. 7. Los ordenamientos jurídicos, no son un orden cerrado en sí mismo, ni son completos y carentes de lagunas; por el contrario, son abiertos, llenos de lagunas e incompletos por naturaleza, y 8. El derecho es estable y móvil, se crea y se recrea.

CONCLUSIÓN

El epígrafe que guía la *Filosofía del Derecho* de Kaufmann: “Imperativo categórico de la tolerancia: Actúa de tal manera que las consecuencias de tu acción sean compatibles con la mayor posibilidad de evitar o disminuir la miseria humana”.

REFERENCIAS

- Descartes, R. (1983). *Reglas para la dirección de la mente*. Barcelona: Ediciones Orbis, p. 157.
- Espinosa, J. (2007). *Signos filosóficos*. México, Vol. IX. Núm. 17, enero-junio 2007, pp. 37-61.
- Gadamer, H. (2006). *Verdad y método*. Tomo I. Salamanca: Sígueme, pp. 400-401.
- Hans, A. (s.f.). *El traje nuevo del Emperador*. Madrid: Edimat, p. 522.
- Kaufmann, A. *La comprensión hermenéutica del método jurídico*. *Hermenéutica y Derecho*, p. 93.
- Kaufmann, A. (2002). *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 127.
- Machado, A. (2004). *Campos de Castilla. Proverbios y cantares*. Madrid: España, p. 91.
- Ollero, A. y Santos, J. (2007). “La comprensión hermenéutica del método jurídico”. En: *Hermenéutica y Derecho*. Granada: Editorial Comares, pp. 92-93.
- Santos, J. (2008). *Arthur Kaufmann en la encrucijada de la filosofía jurídica alemana de la posguerra*. Granada: Editorial Comares, pp. 256-257.
- Trotsky, L. (1973). *Yo acuso. La era de la Revolución Permanente*. (Antología de escritos básicos). México: Juan Pablo Editores, p. 261.