LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE ARTHUR KAUFMANN EN EL TRÁNSITO A LA POSTMODERNIDAD: UNA VALORACIÓN

Tomás de Domingo

I. INTRODUCCIÓN

Una de las principales características de la modernidad, la creencia en la absoluta capacidad del modelo de racionalidad científica para resolver los problemas del hombre, comienza a entrar en crisis a comienzos del siglo XX¹. En 1929, Edmund Husserl, según Ortega el último gran racionalista², no tiene reparos en afirmar que la fe en que la ciencia lleva a la verdad ha perdido su vigor en amplios círculos, lo que exige reflexiones radicales³. Por su parte, Ortega expresa más radicalmente esta convicción, al proclamar la necesidad de integrar y superar —que

1. Sobre esta crisis y la nueva visión de la ciencia contemporánea, cfr. Jesús BALLESTEROS, *Sobre el sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, págs. 65-70.

2. Cfr. José ORTEGA Y GASSET, «Apuntes sobre el pensamiento su teurgia y su demiurgia», en *Obras Completas*, Tomo V, Madrid, Alianza Editorial, Revista de Occidente, 1983, pág. 521.

3. Edmund HUSSERL, *Formale und transzendente Logik*, 1929, págs. 4-5, citado por José ORTEGA Y GASSET, «Apuntes sobre el pensamiento su teurgia y su demiurgia», cit., págs. 521.

no rechazar— la modernidad⁴, evitando, eso sí, que su crisis implique a su vez la de la razón y la consiguiente caída en el nihilismo.

En el ámbito de la filosofía del Derecho, la mencionada crisis se traduce en los sucesivos intentos por superar el positivismo jurídico legalista, corriente de pensamiento dominante a lo largo del siglo XIX. Entre uno de estos intentos puede situarse la obra del filósofo del Derecho alemán Arthur Kaufmann, recientemente fallecido, que merece ser estudiada a fondo por el decidido esfuerzo que supone en la búsqueda de una filosofía del Derecho atenta a dar respuesta a los problemas que presenta la experiencia jurídica sin reduccionismos, esto es, alejada del utopismo que en diferentes direcciones representan el positivismo jurídico y el iusnaturalismo racionalista.

Kaufmann piensa que la Edad Moderna ha terminado⁵, y que el principal reto que se le plantea hoy a la filosofía del Derecho, especialmente tras la quiebra moral y jurídica que supuso la II Guerra Mundial, es volver a atender a los contenidos del Derecho, y constituir así una permanente reflexión crítica encaminada a distinguir Derecho y arbitrariedad⁶. Por lo tanto, el problema de qué es el Derecho justo (a su juicio un pleonasma) y cómo conocerlo vuelve a un primer plano en la obra de este autor.

4. Cfr. José ORTEGA Y GASSET, *El tema de nuestro tiempo y Prólogo para alemanes*, Introducción de Domingo Hernández Sánchez, Madrid, Tecnos, 2002, *passim*; cfr. también «Nada moderno y muy siglo XX», en *Obras Completas*, Tomo II, Madrid, Alianza Editorial, Revista de Occidente, 1983, págs. 22-24.

5. Cfr. Arthur KAUFMANN, *La Filosofía del Derecho en la postmodernidad*, traducción y prólogo de Luis Villar Borda, Bogotá, Temis, 1992, pág. 3.

6. En este sentido, entre otros trabajos, cfr. Arthur KAUFMANN, «Sentido actual de la Filosofía del Derecho», traducción de Andrés Ollero, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 12 (1972), pág. 33; *La Filosofía del Derecho en la postmodernidad*, cit., pág. 16; *Filosofía del Derecho*, traducción de Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pág. 31.

En las siguientes páginas realizaré un recorrido por los principales contenidos de su obra, con el fin de valorar cómo entiende Kaufmann que debe entrar la filosofía del Derecho en la post-modernidad.

II. LA HISTORICIDAD DEL DERECHO Y SU ESTRUCTURA ONTOLÓGICA

La labor científica de Kaufmann comienza a desarrollarse en la década de los cincuenta, justo en el momento en que el Derecho natural, que había experimentado un importante renacimiento al finalizar la II Guerra Mundial, comienza a ser cuestionado como una alternativa aceptable frente al positivismo jurídico. Kaufmann señala que la mayoría de autores que propugnaban este regreso al Derecho natural veían en él un orden de valores superior, eterno e inmutable, lo que a su juicio resulta inaceptable por la relatividad histórica del Derecho⁷. Es evidente que la crítica de Kaufmann se dirige fundamentalmente al iusnaturalismo de base racionalista que tuvo su auge principalmente en el siglo XVII, y no al Derecho natural según lo concibe Tomás de Aquino, cuya obra valora muy positivamente, y trata de preservar de interpretaciones erróneas. Así, por ejemplo, al referirse a la obra del Aquinate afirma que «[l]a mayoría de los estudiosos del Derecho natural tomista opinan, sin embargo, que también Santo Tomás entendía el Derecho natural, en el sentido literal de la palabra, solamente como los pocos principios de justicia y de moralidad válidos en toda época y lugar, y no como ley humana, que para él constituía únicamente un “Derecho natural secundario”, un

7. Cfr. Arthur KAUFMANN, «Naturrecht und Geschichtlichkeit», en *Rechtsphilosophie im Wandel*, Frankfurt am Main, Athenäum, 1972, pág. 4. Hay traducción española, *Derecho, Moral e Historicidad*, traducción de Emilio Eiranova Encinas, Madrid, Marcial Pons, 2000, pág. 20.

complemento del Derecho natural primario y verdadero»⁸. Pero, en su opinión, «Santo Tomás vio el Derecho natural como algo absolutamente mutable, engarzado a una situación histórica cambiante y no a ese rígido principio del Derecho al que parecen aferrarse con tanto gusto los neoescolásticos»⁹. Ahora bien, pese a esta opinión, Kaufmann no va a plantear su obra como un regreso a las tesis tomistas.

La historicidad del Derecho constituye un elemento de la máxima importancia para entender a Kaufmann, pues a la luz de esta circunstancia se plantea una de las cuestiones que le acompañarán a lo largo de su vida, y que desvela su preocupación por la posibilidad de alcanzar verdades prácticas: «[T]endremos que preguntar si el contenido concreto del Derecho, a pesar de su relatividad histórica, es práctico y objetivo, de manera que el Legislador pueda disponer de él de forma discrecional»¹⁰.

Desde sus primeros trabajos, Kaufmann va a sostener que el Derecho tiene una estructura ontológica bipolar: «El Derecho es una realidad: es un ente terrenal, que existe como algo estructurado, como una realidad a la que el ser se acerca de una determinada forma. Esta dualidad de la esencia [Essenz] y la existencia [Existenz], de la potencia y el acto, de lo esencial y lo accidental, son comunes a todas las cosas terrenales en contraposición con las elucubraciones puramente ideales, que no poseen una existencia propia y verdadera»¹¹. El positivismo jurídico y el iusnaturalismo racionalista habrían errado, al entender esta bipolaridad como una relación de exclusión u oposición¹². Consecuencia evidente de este planteamiento es que no hay más De-

8. Arthur KAUFMANN, *Derecho, Moral e Historicidad*, cit., pág. 24.

9. *Ibidem*. Una opinión semejante sostiene Andrés OLLERO TASSARA, «Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino», en *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, págs. 43-53.

10. Arthur KAUFMANN, *Derecho, Moral e Historicidad*, cit., págs. 25-26.

11. *Ibid.*, pág. 39.

12. Arthur KAUFMANN, «Die ontologische Struktur des Rechts», en *Rechtsphilosophie im Wandel*, cit., págs. 112-115.

recho que el Derecho positivo¹³. El siguiente texto es particularmente claro: «El Derecho existente debe ser, por lo tanto, necesariamente positivo; un principio suprapositivo no es ya Derecho, tal y como vimos con Santo Tomás de Aquino. Pero, por otro lado, la positividad no constituye, por sí sola, la característica del derecho, tal y como cree el positivismo, puesto que, si eso fuese cierto, cualquier contenido sería positivable. Una norma positiva posee cualidad jurídica sólo cuando contiene también –al menos en cierta medida– una esencia jurídica, es decir, cuando representa, al menos de modo aproximado, un Derecho concreto (verdadero) en cuanto a su contenido. La esencia del Derecho se refiere, formal y ontológicamente, a la exactitud (veracidad) del contenido concreto y no sólo a la mayor o menor validez de su identificación con los principios fundamentales de justicia. La realidad jurídica subsiste en esta duplicidad de la esencia del Derecho y de su existencia, en su legitimidad natural y positivación del contenido»¹⁴. Por lo tanto, Kaufmann nos

13. Esta idea es compartida por Andrés OLLERO TASSARA, «La eterna polémica del Derecho natural. Bases para una superación», en *Persona y Derecho*, 40 (1999), págs. 89-111. Este autor, profundo conocedor de la obra de Kaufmann, también propone superar la polémica iusnaturalismo-positivismo, y sobre este particular escribe: «Cómodamente instalado en ese dualismo, el positivismo jurídico daba por terminado el debate, en sus primeros compases, al dictaminar con rotundidad: “sólo es derecho el derecho positivo”. El pretendido derecho natural, que desvinculaba de la positividad su propia existencia, se veía así fácilmente expulsado de la ciencia jurídica racional hacia las tinieblas exteriores de la irracionalidad.

No acabo de entender por qué un iusnaturalista no puede admitir que “sólo es derecho el derecho positivo”. Me parece una obviedad admitir que no “existe” otro conocido. Aristóteles, al menos, no parece tener mayor noticia de la existencia de ese “otro” derecho; parecía preocuparle por qué obligaban los diversos contenidos del único derecho en vigor» (cita textual en pág. 90).

14. Arthur KAUFMANN, *Derecho, Moral e Historicidad*, cit., págs. 40-41. Se observa en este punto la influencia de Gustav RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, Estudio Preliminar de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, quien señala que «El derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al

presenta el Derecho como un fenómeno complejo que requiere el constante esfuerzo del hombre por no errar, por lograr una decisión justa que realice la esencia del Derecho, pero siendo consciente de que tal decisión jamás estará exenta de riesgo, y que allí donde se abandona dicho esfuerzo, «el Derecho cae en la deficiencia denominada positivismo jurídico»¹⁵.

Si recapitulamos lo dicho hasta este momento, Kaufmann observa que el Derecho tiene una “esencia” consistente en estar ligado a la realización de la justicia, a una verdad práctica que considera posible hallar. Al mismo tiempo, el Derecho no puede ser un mero ideal, sino que tiene que tener una “existencia” positiva que no representan los principios jurídicos suprapositivos. Las normas jurídicas sí tienen existencia real, pero, aunque se adecuen a los mencionados principios suprapositivos, no pueden considerarse propiamente Derecho, pues la esencia de éste sólo se realiza cuando se alcanza la verdad práctica en la resolución de un caso concreto. Estas ideas alcanzan notable precisión en uno de los más trabajos más importantes de Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache*¹⁶.

III. ANALOGÍA Y “NATURALEZA DE LA COSA”

En este trabajo se expone la que constituye, en mi opinión, la principal aportación de este autor a la filosofía del Derecho: la teoría de que el Derecho no es un objeto ontológico-substancial (una norma), sino una actividad cognoscitiva que consiste en

válór jurídico, a la idea del derecho. El concepto del derecho está, pues, predibujado en la idea del Derecho» (cita textual en pág. 38).

15. Arthur KAUFMANN, *Derecho, Moral e Historicidad*, cit., pág. 42.

16. Arthur KAUFMANN, «Analogie und “Natur der Sache”. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus», en *Rechtsphilosophie im Wandel*, cit., págs. 272-320. Hay traducción española, por la que en adelante citaré, *Analogía y “naturaleza de la cosa”*. *Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, traducción de E. Barros, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976.

poner en correspondencia el “deber ser” plasmado en una norma jurídica y el “ser” que representan los hechos de cada caso concreto. Es importante comprender bien esta idea.

Según se ha visto, el Derecho debe tener una existencia positiva; pero conviene no interpretar apresuradamente esta afirmación, pues Kaufmann va a introducir una importante distinción entre “positividad formal” (*formeller Positivität*) y “positividad material” (*materielle Positivität*)¹⁷. El Derecho no es un objeto dado, sino una actividad, un proceso que culmina en la decisión jurídica, a la que cabe atribuir una prioridad ontológica respecto a las normas jurídicas y a los principios suprapositivos. Pues bien, la decisión jurídica concreta en la que se “pone” el Derecho representa la “positividad material”. Ahora bien, a ella se llega a través de un proceso en el que se cohonesta la idea de Derecho (suprapositiva) y las normas legales que constituyen la “positividad formal”. A este respecto, Kaufmann subraya que «[l]a norma es siempre un *criterio* para muchos casos *posibles* y, precisamente por ello, nunca la *decisión* de un caso *real*; la ley no es nunca la realidad del derecho sino su mera posibilidad; por eso, la afirmación: el derecho proviene de la ley, necesita ser completada»¹⁸. Se llega así a la concepción escalonada de la actividad jurídica que está presente a lo largo de toda su obra: «Nosotros

17. También en este punto Andrés OLLERO TASSARA, «La eterna polémica...», cit., págs. 92-93, mantiene una postura parecida a la de Kaufmann, pues después de aceptar que sólo es derecho el derecho positivo se pregunta qué se puede entender realmente por derecho positivo, siendo clara su respuesta –y a mi juicio muy acertada–, al mantener un tesis contraria a la equiparación entre derecho positivo y norma puesta por el legislador.

18. Arthur KAUFMANN, *Analogía y “naturaleza de la cosa”*, cit., pág. 47. La Constitución alemana de 1949 ha venido a apoyar esta tesis al distinguir con toda claridad la ley y el derecho, tal como se observa en su art. 20.3: «La legislación está sometida al orden constitucional; el poder ejecutivo y la jurisprudencia están sometidos a la ley y al derecho». Sobre este particular, cfr. Arthur KAUFMANN, «Gesetz und Recht», en *Rechtsphilosophie im Wandel*, cit., págs. 135-171, especialmente, págs. 135-139; del mismo autor, *Filosofía del Derecho*, cit., págs. 264-265.

distinguimos, entonces, tres etapas en el proceso de realización del derecho: la *primera etapa* son los *principios jurídicos abstractos-generales, suprapositivos y suprahistóricos*; la *segunda etapa* es la *ley general concretizada, positivo-formal*, no supra-histórica, pero *válida por un periodo más o menos largo*; la *tercera etapa* es el *derecho concreto, material-positivo, histórico*. En suma: *idea jurídica-norma jurídica-decisión jurídica*¹⁹. A esto hay que añadir dos tesis fundamentales. La primera afirma que «ninguna de las etapas designadas es eludible en el proceso de realización del derecho. Esto significa, entonces: ninguna norma jurídica *sin* idea jurídica (sin principios jurídicos), ninguna decisión jurídica *sin* norma jurídica. La segunda tesis afirma que ninguna etapa puede ser simplemente deducida de la (lógicamente) inmediata superior (más general, más abstracta). Esto significa, entonces: ninguna norma jurídica *sólo* a partir de la idea jurídica (sólo a partir de los principios jurídicos), ninguna decisión jurídica *sólo* a partir de la norma jurídica. En suma: tanto el “decisionismo” como el “normativismo” unilateral son rechazables»²⁰. Por consiguiente, si a la decisión jurídica se llega desde una norma jurídica, pero no sólo a través suyo, la cuestión es qué se requiere además de la norma para alcanzar la decisión. Kaufmann responde que las relaciones concretas de la vida llevan en sí su medida y su ordenamiento, aunque medianamente desarrollados. Y así formula su tesis: «Sólo donde la norma y la situación concreta de la vida, “deber ser” y “ser”, uno y otro sean puestos en correspondencia, se origina derecho real. O, dicho

19. Arthur KAUFMANN, *Analogía y “naturaleza de la cosa”*, cit., pág. 49. Este modelo presenta evidentes similitudes con la hermenéutica jurídica propia de Tomás de Aquino. Sobre el particular, cfr. Andrés OLLERO TASSARA, *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, cit., págs. 43-53.

20. Arthur KAUFMANN, *Analogía y “naturaleza de la cosa”*, cit., págs. 49-50.

brevemente: *derecho es la correspondencia de “deber ser” y “ser”*»²¹.

Por cuanto se acaba de exponer, es evidente que en opinión de Kaufmann la realidad no es un conjunto desordenado de acontecimientos, sino que por el contrario es posible hallar en ella un sentido (“deber ser”). Creo que semejante planteamiento dificulta enormemente cualquier intento de ubicar su obra en la órbita del neokantismo²². En efecto, como es sabido, este movimiento se caracteriza por asumir el dualismo metódico, esto es, la escisión entre el “ser” y el “deber ser”, entre realidad y valor²³. Ese “abismo” ontológico determina que el concepto de Derecho sólo puede ser establecido “a priori”, y así, por ejemplo, para Radbruch el Derecho sería una realidad orientada a la realización de un valor, la idea de Derecho (la justicia)²⁴. Por el contrario, el concepto de Derecho que ofrece Kaufmann consiste en poner en correspondencia el “ser” y el “deber ser”, y ello le lleva a destacar el carácter analógico del Derecho, pues analogía, de acuerdo con la formulación de Tomás de Aquino, es la concordancia adecuada a una relación²⁵. En opinión de Kaufmann, «”ser” y “deber ser”

21. *Ibid.*, pág. 56.

22. El propio Arthur KAUFMANN, «Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 17 (1977), refiriéndose a los neokantianos, afirma: «Para los neokantianos, por el contrario, era esencialmente más difícil tender tal puente [entre el “ser” y el “deber ser”]. Gustav Radbruch lo intentó hacia el final de su vida, como es sabido, por medio de la “naturaleza de la cosa”, pero ello le sirvió sólo “para relajar algo el dualismo entre valor y realidad, pero no para eliminarlo» (cita textual en págs. 352-353). Lo anterior no es obstáculo para reconocer la influencia de Radbruch en el pensamiento de Kaufmann.

23. Sobre el neokantismo jurídico axiológico, es decir, el de la Escuela sudoccidental de Alemania, a diferencia del neokantismo formal de la Escuela de Marburgo, cfr. Felipe GONZÁLEZ VICÉN, «El neokantismo jurídico-axiológico», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo III (1986), págs. 249-280, especialmente págs. 262-263.

24. Cfr. Gustav RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, cit., págs. 37-44.

25. Tomás DE AQUINO, *Summa Theologica*, I., 13.5.

en el derecho no son idénticos ni diferentes, sino análogos (correspondientes)»²⁶. Esta correspondencia es posible porque todos los seres concretos participan del “ser”, aunque de diferentes maneras.

Pero, ¿cómo poner en correspondencia la norma jurídica y la situación concreta? Kaufmann considera que explicar dicho proceso mediante un simple silogismo como el que representa el principio de subsunción desdibuja la realidad, pues es imposible proceder a dicha subsunción si previamente norma y situación concreta no han sido “igualados”, y ello, lejos de poder verse como un procedimiento estrictamente lógico, se asemeja más a un razonamiento analógico. Dicha “igualación” sólo puede lograrse a través de un “*tertium genus*” que es el “sentido”: «La idea de derecho, o bien la norma legal, tiene que poseer idéntico sentido que la situación vital para que puedan ser recíprocamente puestas en correspondencia (identidad de la relación de sentido). Este sentido es también llamado “*naturaleza de la cosa*”. La “naturaleza de la cosa” es el “*topos*” en que convergen ser y deber-ser»²⁷.

Llegados a este punto conviene realizar algunas precisiones.

En primer lugar, creo que es importante destacar que, pese a que Kaufmann rechaza una concepción ontológico substancial del Derecho, por cuanto éste se presenta como una actividad que pone en relación norma y situación concreta, parece claro que asume una metafísica realista, esto es ontológico-substancial, por lo que respecta al resto de la realidad, al afirmar que «[e]n la realidad no existen dos “seres concretos” (*Seienden*) completamente diferentes, porque todos ellos son iguales al menos —aunque de ninguna manera sólo por ello— porque “son”»²⁸.

En segundo lugar, a mi juicio el plantemiento de Kaufmann hasta estos instantes no permite ver con claridad una tesis que

26. Arthur KAUFMANN, *Analogía y “naturaleza de la cosa”*, cit., pág. 58.

27. *Ibid.*, pág. 91.

28. *Ibid.*, pág. 72.

reiterará posteriormente a lo largo de su obra: la necesidad de superar la escisión entre sujeto y objeto de conocimiento —aunque algún autor ha considerado que esta idea está presente en *Analogía y naturaleza de la cosa*²⁹—. En efecto, ¿qué papel desempeña el intérprete al poner en correspondencia norma y situación concreta?, ¿no es posible pensar que si las cosas son “en sí” el intérprete deberá en lo posible evitar que su subjetividad “contamine” el proceso de realización del Derecho, limitándose a dejar que las cosas y la norma hablen por sí mismas? Creo que la necesidad de precisar la labor del intérprete en la búsqueda del “sentido” que sirva de “*tertium genus*” para “igualar” norma y situación concreta exigía a Kaufmann profundizar en el estudio del fenómeno de la comprensión, de la captación por el intérprete del “sentido”, y ello le conduce directamente a profundizar en las tesis de la hermenéutica.

29. Así lo entiende Winfried HASSEMER, «Hermenéutica y Derecho», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 25 (1985), pág. 77. Este autor considera que la concepción del Derecho de Kaufmann expuesta en *Analogía y “naturaleza de la cosa”* está ligada a los planteamientos hermenéuticos: «“El derecho es la correspondencia entre deber-ser y ser”; esta frase programática, puntualiza la hermenéutica filosófica-jurídica, es la tesis clave del escrito [se refiere a *Analogía y “naturaleza de la cosa”*] que unió, en la literatura alemana, la variante metodológica y iusfilosófica de la hermenéutica jurídica. Esta correspondencia se fundamenta ontológicamente en la analogicidad del ser y del conocimiento. Toda obtención del derecho tiene una estructura analógica, es una “adaptación” de caso vital y norma.

Con ello se establece la vinculación entre la variante metodológica y la iusfilosófica de la hermenéutica jurídica. La relación entre norma y caso, que fue dinamizada tras el derrumbamiento de la tesis de la subsunción, se corresponde a su vez con la relación entre deber-ser y ser. La hermenéutica jurídica ve su objeto específico en estas relaciones y en la referencia mutua de las categorías de relación. A partir de ahí desarrolla su teoría de la interpretación de la ley y de la decisión del caso vital».

IV. KAUFMANN Y LA HERMENÉUTICA JURÍDICA

Si poner en correspondencia norma y situación concreta requiere previamente que se proceda a “igualarlos”, ello lógicamente será fruto de la actividad del intérprete, que deberá intentar que la norma jurídica cobre sentido en relación con los hechos que presenta la situación concreta, y a su vez habrá de otorgar a éstos una relevancia jurídica en relación con la norma. Esto sólo puede lograrse si el intérprete los imagina juntos en una situación futura, es decir, si adelanta una hipótesis sobre su posible “igualación”. La hermenéutica, que estudia las condiciones trascendentales que hacen posible la comprensión del lenguaje —no debe olvidarse que la norma jurídica se expresa a través de un texto—, fundamentará filosóficamente la necesidad de que el intérprete adelanta una hipótesis, es decir, “pre-comprenda” el texto legal a la luz del caso, si desea ponerlos en correspondencia. Kaufmann, que sigue a Gadamer en este punto, opina que quien pretende comprender un texto adelanta un sentido del todo en la medida en que en el texto se insinúa un primer sentido. Pero éste sólo se insinúa, porque se lee el texto ya con ciertas expectativas respecto a un determinado sentido³⁰. Consecuencia inmediata de este planteamiento es la revalorización del papel que desempeña el intérprete, pues, como señala Kaufmann, «[c]uando el juez dice el derecho, introduce siempre algo propio, de su entendimiento; de lo contrario, no podría nunca poner en correspondencia la ley y el caso»³¹.

Y así se llega a uno de los problemas centrales que se le plantean a la hermenéutica jurídica, y que también tiene presente

30. Cfr. Arthur KAUFMANN, «Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica», cit., pág. 360.

31. *Ibid.*, pág. 361. Una consecuencia de este planteamiento en el terreno metodológico es la revalorización del papel que desempeña la abducción en el proceso de determinación del Derecho. Sobre este aspecto, cfr. Arthur KAUFMANN, *Filosofía del Derecho*, cit., págs. 173-196, especialmente, pág. 183.

Kaufmann: cómo evitar que esa revalorización de la labor del intérprete no desemboque en subjetivismo, es decir, cómo la comprensión puede ser a un tiempo subjetiva y objetiva. Esta pregunta nos aproxima decisivamente al problema de la hermenéutica y el relativismo en la obra de Kaufmann, del que se ha ocupado Pedro Serna en un reciente trabajo, y cuyas aportaciones tendré presentes en lo que sigue³².

Partamos de la situación del intérprete que se encuentra con la norma jurídica y la situación concreta. Como se acaba de apuntar, éste “pre-comprende”, avanza una hipótesis que consiste en poner ambos términos en correspondencia atribuyéndoles un determinado sentido. Dos aspectos mitigan el riesgo de subjetivismo que entraña este proceso: a) el lenguaje; y b) la tradición en la que se mueve el intérprete.

a) El lenguaje es, por encima de otras consideraciones, un uso social propio de una comunidad humana³³, y por tanto constituye un vínculo común en el que necesariamente nos movemos los seres humanos. Siguiendo los pasos de la filosofía del lenguaje, Kaufmann subraya el carácter bidimensional del lenguaje. Por una parte, se encuentra el lenguaje artificial, en el que se pretende formalizar el lenguaje a través de símbolos claros y unívocos que protejan a la «ciencia de usos lingüísticos sin sentido y de los problemas aparentes que de allí resultan»³⁴. Pero el lenguaje también tiene una dimensión intencional-metafórica que lo convierte en «productivo e innovador». Ambas dimensiones están presentes en el lenguaje jurídico, aunque sin duda predomina la segunda. Tratar de formalizar al máximo el lenguaje jurídico sólo sería posible presuponiendo que el «legislador conozca la suma de las

32. Pedro SERNA, «Hermenéutica jurídica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann», en Pedro SERNA (director), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, Granada, Comares, 2003, págs. 211-247.

33. Cfr. Arthur KAUFMANN, *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 235.

34. *Ibid.*, pág. 231.

decisiones “correctas” de casos y las fije a través de las correspondientes reglas de lenguaje. Con ello quedaría libre el camino hacia la “jurisprudencia” por computador. Sólo que lo que resultaría de ello sería, seguramente, un “derecho” diferente al que surge de la jurisprudencia sentada por los jueces: un “derecho” en el que el principio de igualdad se manipulará en forma completamente mecánica, que no considera de ninguna manera la situación histórica concreta, ni la individualidad»³⁵. Dicho en otros términos, un lenguaje jurídico completamente formalizado sólo podría ponerse en correspondencia con situaciones concretas de la vida si se renuncia a captar el particular sentido de éstas y, en consecuencia, se confunde cuál es el verdadero objeto de la interpretación³⁶. El lenguaje jurídico no debe renunciar a una cierta formalización, «pues de lo contrario no podría existir el tratamiento igual y por tanto no existiría la justicia. Pero si en el proceso de creación de derecho no se le diera admisión también a las peculiaridades y particularidades de las relaciones de vida en cambio permanente, entonces la “justicia” obtenida en forma puramente deductiva, a partir de las normas legales, sería un

35. *Ibid.*, pág. 241-242.

36. Como señala Pedro SERNA, «Hermenéutica y relativismo...», cit., págs. 225-226, que en este punto sigue a Dilthey, «[L]os textos –y eso no debe olvidarse si se desea no perder de vista el horizonte de la comprensión– no son el objeto de la interpretación, sino el *signo* de ese objeto. Esto que acaba de afirmarse podría discutirse para el caso de la comprensión de las obras de arte, dado que en ellas la relación entre los elementos del signo es de una índole más íntima, pudiendo llegar a pensarse como idénticos el signo y lo significado. Sin embargo, en aquellos textos en los que el elemento formal de los signos empleados no forma parte del significado mismo, es decir, en los textos contruidos con signos lingüísticos de intención no literaria, tales signos poseen un carácter instrumental o medial: no son el objeto de la interpretación, sino sólo el signo de ese objeto». Cfr. también Wilhem DILTHEY, *Dos escritos sobre hermenéutica*, prólogo y traducción de Antonio Gómez Ramos, y epílogo de Hans-Ulrich Lessing, Madrid, Istmo, 2000, pág. 25.

mecanismo rígido de “el eterno retorno de lo mismo”, una “justicia” automática o de computador, una “justicia” inhumana»³⁷.

A la vista de esto, ¿qué tipo de objetividad introduce el lenguaje en el proceso de determinación del Derecho? Por una parte, como destaca Serna, «[l]a ley, en la medida que no resulta compatible con cualquier propuesta de interpretación, continuará sirviendo como límite de la tarea interpretativa del aplicador del Derecho, pero resultará ser un límite más amplio de lo pensado por el legalismo, que deberá en consecuencia ser redefinido»³⁸. Pero quizá lo más importante sea destacar que el lenguaje, lejos de ser un instrumento que permite alcanzar conclusiones objetivas, se convierte en un marco para el consenso y la intersubjetividad. A este respecto, Kaufmann señala que «[e]l derecho sería un grupo de signos establecido con el fin de que nosotros nos podamos poner de acuerdo sobre la asignación válida de ciertas cualidades imaginarias, las cuales son consideradas por la comunidad como importantes»³⁹. Y, unas páginas más adelante, añade: «De esta manera surge una *experiencia común* sobre los contenidos pensados en la utilización de palabras, las palabras reciben un “significado promedio”, los puntos de vista se tornan intercambiables. Sólo a causa de esa *intersubjetividad* del lenguaje y de la *reciprocidad de perspectivas*, como dicen los sociólogos, existe un mundo común entre los hombres, cuyos contornos sin embargo, permanecen siempre hasta un determinado grado borrosos a causa de la vaguedad del lenguaje corriente»⁴⁰.

37. Arthur KAUFMANN, *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 243.

38. Pedro SERNA, «Hermenéutica y relativismo...», cit., pág. 228.

39. Arthur KAUFMANN, *Filosofía del Derecho*, cit., págs. 229-230.

40. *Ibid.*, págs. 234-235. Un planteamiento similar sostiene Andrés OLLERO TASSARA, *¿Tiene razón el derecho?*, prólogo de Gregorio Peces-Barba, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996. Según este autor, el texto legal no transmite un mensaje unívoco, «sino un *proyecto*, que abre dimensiones inéditas de nuestro ser-en-el-mundo, al dar entrada a una nueva perspectiva de modo paralelo a como lo hace la referencia ostentativa hablada» (cita textual en pág. 214). Asimismo, este autor destaca el papel que desempeña el texto

b) La “pre-comprensión” del intérprete que pone en correspondencia norma y situación concreta no proviene exclusivamente de él, por cuanto dicha “pre-comprensión”, según ha destacado Gadamer, en gran medida es fruto de una “tradicición” en la que se desarrolla la existencia del intérprete. En este punto Kaufmann reproduce las palabras de Gadamer: «El círculo [se refiere al hecho de que el proceso de determinación del Derecho comience adelantando, si bien provisionalmente, una posible correspondencia entre norma y situación concreta] *no es de naturaleza formal; no es ni subjetivo ni objetivo*, sino que describe la comprensión como el enlace que se produce entre el movimiento de la tradición con el movimiento del intérprete. La anticipación del sentido que nuestra comprensión de un texto intuye, *no es una acción de la subjetividad, sino que se define por los conocimientos socialmente compartidos (Gemeinsamkeit)* que nos unen con la tradición. Sin embargo, estos conocimientos se *conciben* en nuestra relación con la tradición bajo la forma de una *permanente construcción*. No son simplemente un presupuesto bajo el que siempre estamos, sino que *los creamos nosotros mismos* en la medida en que entendemos, tomamos parte en la realización de la tradición y a través de ello los continuamos determinando. El círculo de la comprensión no es, por ello, en absoluto un círculo “metódico”, sino que describe un momento *ontológico estructural* del comprender»⁴¹. Ahora bien, como

legal como instrumento al servicio del consenso intersubjetivo: «Una dogmática jurídica, consciente de su insuficiencia, no resultará sin embargo supérflua. Su objetivo no consistiría ya en la explicitación del único contenido verdadero del texto legal, sino en facilitar el consenso en torno a uno de sus posibles significados» (cita textual en pág. 227).

41. Arthur KAUFMANN, «Sobre la argumentación circular en la determinación del Derecho», traducción de Renato Rabbi-Baldi Cabanillas y María Elisa González Dorta, en *Persona y Derecho*, 29 (1993), pág. 28. Puede hallarse la referencia a Hans Georg GADAMER, en *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, traducción de A. Agud Aparicio y R. de Agapito, Salamanca, Sígueme, 1984, pág. 363. Debe aclararse que, a diferencia

señala Serna, la tradición condiciona la comprensión, pero no la determina absolutamente, pues el sujeto puede tomar consciencia de las “pre-comprensiones” desde las que busca el Derecho, pudiendo trascenderlas y someterlas a discusión⁴². Por lo tanto, cabe preguntarse cómo mitiga esta comprensión mediada por la tradición la amenaza del subjetivismo. La respuesta nuevamente nos va a trasladar al terreno de la intersubjetividad: «el pensar hermenéutico vive de la “herencia” de la Tradición, como ese “suelo común del mundo manifiesto que pisamos”, ese “fondo seguro de pensamientos difundidos que nos nutren. En lugar de pretender una objetividad arrogante y engañosa, se contenta con *una decorosa intersubjetividad*»⁴³. O, como expone en otro lugar:

de Kaufmann, Gadamer alude con carácter general al carácter circular de la comprensión, y no se refiere al proceso de determinación del Derecho. Por otra parte, la idea de que la comprensión individual está mediada por la pertenencia a una “tradición”, que constituye uno de los pilares de la hermenéutica, es perfectamente comprensible desde la filosofía de Ortega. El filósofo español destaca cómo nuestra vida se sostiene en un sistema de creencias en las que el individuo está instalado. En José ORTEGA Y GASSET, «Ideas y creencias», en *Obras Completas*, Tomo 5, Madrid, Alianza Editorial, Revista de Occidente, pág. 384, se puede leer: «[N]o hay vida humana que no esté desde luego constituida por ciertas creencias básicas y, por decirlo así, montada sobre ellas». En *Historia como sistema*, Madrid, Espasa-Calpe, 1971, reitera esta idea subrayando que la “creencia” no pertenece únicamente al individuo: «Aparte de lo que crean los individuos como tales, es decir, cada uno por sí y por propia cuenta, hay siempre un estado colectivo de creencia. Esta fe social puede coincidir o no con la que tal o cual individuo siente. Lo decisivo en este asunto es que, cualquiera sea la creencia de cada uno de nosotros, encontramos ante nosotros constituido, establecido colectivamente, con vigencia social en suma, un estado de fe» (cita textual en pág. 19). Podría decirse que las creencias constituyen “formas de instalación” en las que se desarrolla la vida humana. Sobre el concepto de “instalación” y el papel que desempeña en la estructura empírica de la vida humana, constituye una referencia imprescindible Julián MARÍAS, *Antropología metafísica*, Madrid, Alianza Editorial, 1983, págs. 79-85.

42. Cfr. Pedro SERNA, «Hermenéutica y relativismo», cit., pág. 234.

43. Arthur KAUFMANN, «Concepción hermenéutica del método jurídico», traducción de José Zafra Valverde, en *Persona y Derecho*, 35 (1996/2), pág. 31.

«los momentos subjetivos, existentes siempre aunque encubiertos las más de las veces, deben hacerse conscientes e incluirse en la conexión metódica de la fundamentación. No habiendo, como queda dicho, ninguna “corrección del derecho” fuera del proceso concreto de decisión, debe, pues, *surgir en este mismo proceso*: a través de *reflexión y argumentación*, mediante *intersubjetividad y consenso* entre los participantes»⁴⁴.

A la vista de lo expuesto, parece evidente que frente a la objeción de que la hermenéutica jurídica pueda desembocar en subjetivismo, Kaufmann apela a la necesidad de esforzarse por transparentar los prejuicios y, en un marco de discusión mediado por el lenguaje, alcanzar un consenso intersubjetivo. Pero no olvidemos que el gran problema que, según Kaufmann, se le plantea a la filosofía del Derecho es distinguir el “Derecho justo”. Las preguntas, pues, son claras: ¿en qué medida representa dicho consenso una verdad práctica?, ¿en qué medida nos preserva el consenso intersubjetivo que propone Kaufmann de la arbitrariedad?

V. LA “TEORÍA CONVERGENTE DE LA VERDAD” DE ARTHUR KAUFMANN

En la búsqueda del “Derecho justo”, de una “verdad práctica”, Kaufmann considera que la hermenéutica no puede por sí sola desarrollar una teoría material de la justicia⁴⁵. Ante esta situación, elabora la “teoría convergente de la verdad”, que en su opinión ocupa una posición intermedia entre la clásica “teoría de la correspondencia de la verdad”, «conforme a la cual entre

44. Arthur KAUFMANN, «Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica», cit., pág. 361. Sobre este punto, cfr. Pedro SERNA, «Hermenéutica y relativismo», cit., págs. 231-232.

45. Arthur KAUFMANN, «Qué es y cómo “hacer justicia”. Un ensayo histórico-problemático», en *Persona y Derecho*, 15 (1986), pág. 26.

proposiciones o asertos y un mundo siempre asequible de la realidad (la antigua fórmula: *veritas est adaequatio intellectus et rei*) existe una correspondencia»⁴⁶, y las que denomina “teorías consensuales de la verdad”, entre las que cita la de Habermas y Rawls, según las cuales, puesto que no es posible confiar en la experiencia para lograr la verdad, habrá que recurrir a un proceso mental, a la razón pura –esto no lo dice Kaufmann–, para “construir” una verdad adecuada a las exigencias de racionalidad propias de nuestro pensamiento. En este sentido, nada más “racional” que encaminar dicho proceso mental a lograr un consenso contrafáctico, que, según indica Kaufmann, es visto por Habermas y Rawls, como el «criterio decisivo de verdad y exactitud»⁴⁷.

Kaufmann dedica bastante más atención a contrarrestar los argumentos de las “teorías consensuales de la verdad” que a la “teoría de la correspondencia de la verdad”. Respecto a ésta última, al considerar que el Derecho no es objeto, sino actividad cognoscitiva, piensa que es imposible que éste pueda existir con independencia de un sujeto que actúa, y de ahí que concluya que «no puede darse una *precisión objetiva* del derecho por fuera del proceso de creación jurídica»⁴⁸. A este respecto, convendría matizar que la actividad jurídica pertenece al orden práctico, es decir, su objeto es siempre un “operable” –no una esencia especulable–, no «algo que ya es, que está ahí y puede ser objeto de nuestra contemplación, sino algo que todavía no es, que aún no ha sido realizado en su existencia concreta y que ha de ser puesto en

46. Arthur KAUFMANN, *La Filosofía del Derecho en la postmodernidad*, cit., pág. 59.

47. *Ibid.*, pág. 46.

48. *Ibid.*, pág. 43. Esta misma idea está presente en Winfried HASSEMER, «Hermenéutica y Derecho», cit., págs. 79-80, quien afirma lo siguiente: «Ya que *res e intellectus* no se encuentran mutuamente en una relación estática de contemplación, sino en una relación dinámica de acercamiento, la “verdad” no puede ser *adaequatio rei et intellectus*; es más bien un fenómeno dialogal, consensual y procedimental».

obra»⁴⁹. Por ello, quizá resulta inapropiado hablar de una “*adequatio intellectus et rei*” para referirse a una “verdad práctica”. Obviamente, en el ámbito práctico sólo cabe hablar de correspondencia o adecuación en el sentido de que la corrección del resultado de un razonamiento práctico no depende del consenso o de haber sido desarrollado siguiendo determinadas pautas formales, sino de su conformidad con leyes o valores morales objetivos, sustantivos. Hecha esta precisión, me parece que las dificultades que entraña la consecución de una “verdad práctica” no obsta para que se pueda seguir manteniendo el criterio tradicional de verdad como correspondencia o adecuación.

Por lo que respecta a las “teorías consensuales de la verdad”, la principal objeción de Kaufmann consiste precisamente en que renuncian a la idea de verdad, de justicia. La únicas verdades serían aquellas que se pueden alcanzar de acuerdo con las leyes del pensamiento lógico-racional. Por esta razón, Kaufmann cree que en estos casos «la verdad llega a ser así un negocio concluido consigo mismo, que sirve para legitimar como verdad aun las mentiras consentidas formalmente correctas (todos los enunciados concuerdan entre sí)»⁵⁰. A ello añade que también cabría objetar a estas teorías que, pese a su esfuerzo por evitarlo, en realidad es imposible obtener contenidos desde la pura forma⁵¹.

La “teoría convergente de la verdad” pretende superar las limitaciones que, por diferentes razones, presentan las teorías mencionadas. El hecho de que Kaufmann repita, incluso literalmente, esta propuesta en diferentes trabajos, da una idea de la importancia que el propio autor le confiere. Esta teoría afirma que «[e]l verdadero criterio para la verdad o corrección de un juicio no es

49. José María MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1963, pág. 17.

50. Arthur KAUFMANN, *La Filosofía del Derecho en la postmodernidad*, cit., pág. 60; *Filosofía del derecho*, cit., pág. 494.

51. Arthur KAUFMANN, *La Filosofía del Derecho en la postmodernidad*, cit., pág. 51.

que exista un consenso [en otro lugar añade que el consenso es un medio para comprobar la confirmación de lo objetivo, pero insiste en que el fundamento de la verdad es la convergencia], sino la circunstancia de que *muchos sujetos independientes entre sí hayan llegado, respecto al mismo objeto, a resultados convergentes en cuanto al fondo*. Tal “teoría de la convergencia respecto a la verdad” descansa sobre esta tesis: que el componente subjetivo de todo conocimiento proviene de otra fuente, en tanto que el componente objetivo viene siempre *del ser mismo de las cosas*. Mientras los componentes subjetivos, en cuanto confrontados entre sí, se debilitan o se apoyan mutuamente, los objetivos apuntan todos ellos hacia lo entitativo en que se unen, y de esta forma se demuestran bien fundados»⁵². Las referencias al “ser mismo de las cosas” o a lo “entitativo” no son, según Kaufmann, un retorno al pensar ontológico-substancial, sino que –y aquí se observa especialmente su esfuerzo por encontrar una “tercera vía”– él se atiene «a la postura procedimental según la cual nuestros saberes sobre lo normativo son *productos del propio conocer*, bien entendido, desde luego, que son tales *en parte, nunca exclusivamente*, pues pensar de otro modo supondría que a la postre el proceso indagatorio de la verdad se invalidase por sí mismo»⁵³. Esto significa que el proceso con el que se pretende converger en el “Derecho justo” tiene un objeto, aunque no sea ontológico-substancial. Dicho objeto no es otro que «el hombre, no como realidad empírica, sino en su condición de persona, es decir, como complejo de relaciones con sus iguales y con las cosas»⁵⁴. En este punto Kaufmann insiste en que la persona no es sustancia, sino relación, cuestión cuya consideración excede de los objetivos de

52. Arthur KAUFMANN, «En torno al conocimiento científico del Derecho», traducción de José Zafra Valverde, en *Persona y Derecho*, 31 (1994/2), pág. 24-25.

53. *Ibid.*, pág. 25.

54. *Ibid.*, pág. 26.

este trabajo⁵⁵. Sí que importa destacar, en cambio, que para Kaufmann hay una verdad que se impone a cualquier convergencia: la necesidad de que «se garantice a todo hombre aquello que es propio de él como persona»⁵⁶.

Teniendo presente que la verdad práctica sólo se determina sobre la base de una “convergencia” –intersubjetividad– en torno a problemas jurídicos reales, esto es, relativos a las relaciones de los hombres entre sí y con las cosas, y que dicha convergencia inexcusablemente debe garantizar al hombre aquello que le es propio como persona, Kaufmann propone lo que denomina una “teoría material de la justicia fundamentada procesalmente”⁵⁷. Esta se sustenta en tres pilares: el principio de argumentación, el principio de consenso o de convergencia y el principio de falibilidad. Según el principio de argumentación, el proceso de convergencia se fundaría en una comunidad de argumentación libre en la que se permiten todos los argumentos. Una vez expuestos los argumentos, el principio de convergencia determina que «[u]n conocimiento es verdadero, cuando se tienen en cuenta todos los fundamentos relevantes y cuando se puede tener la opinión de que todos aprobarían, en cuanto hayan comprendido esos funda-

55. Para una valoración crítica de la posición de Kaufmann sobre este particular, cfr. Pedro SERNA, «Hermenéutica jurídica y relativismo...», cit., págs. 237-240.

56. Arthur KAUFMANN, «En torno al conocimiento científico del Derecho», cit., pág. 26. A este respecto, comparto plenamente las palabras de Pedro SERNA, «Hermenéutica jurídica y relativismo...», cit., pág. 241: «Al final, la persona es presentada por Kaufmann como fuente de exigencias, y resulta obvio que éstas últimas sólo serán verdaderamente tales si son *objetivas* –una cosa es el plano del ser y otra el del conocimiento, recordémoslo nuevamente–. A su vez, esta condición de fuente de exigencias objetivas –en el sentido de independientes de la voluntad del sujeto que las formula, enuncia o reconoce– sólo puede acontecer si la persona es portadora de una esencia, de una sustantividad, por muy especiales que sean sus perfiles, de una realidad *en sí* (y *para sí*, no hay inconveniente) a la que ha de acceder –no diremos conformarse, pero sí acceder– la razón que comprende».

57. Arthur KAUFMANN, *Filosofía del Derecho*, cit., págs. 499-510.

mentos»⁵⁸. Por último, el principio de falibilidad establece que «ningún consenso es definitivo, que más bien cada afirmación, cada conclusión, cada argumento es esencialmente falible»⁵⁹, lo cual no debe ser considerado como una invitación al escepticismo, pues, pese a que una fundamentación no resulte definitiva, cada participante en el discurso «debe estar listo a aceptar una saturación de los argumentos»⁶⁰.

VI. UNA VALORACIÓN DE CONJUNTO

En mi opinión, la clave para entender el conjunto de la obra de Kaufmann se halla en *Analogie und Natur der Sache*. Como afirma reiteradamente en este trabajo, el Derecho no es un objeto ontológico–substancial, sino una actividad consistente en poner en correspondencia dos realidades (norma y situación concreta) que pertenecen a planos ontológicos distintos (“deber ser” y “ser”). Pero no debe olvidarse que, según Kaufmann, la posibilidad de que dicha correspondencia –la analogía– tenga lugar se fundamenta en que todas las cosas “son”, más allá de sus diferencias esenciales: «esta *analogicidad del ser*, constituye un presupuesto para que podamos llegar a poseer un orden en nuestro saber y en nuestras relaciones»⁶¹. Lo que queda fuera de toda duda en el planteamiento de Kaufmann es que una cosa “es”, “está ahí” o “existe” con independencia de que un sujeto la piense. Sin embargo, poner en correspondencia norma y situación concreta, es decir, “hacer” el Derecho consiste en comprender recíprocamente y en su conjunto el sentido de la norma y de la situación concreta. Pues bien, pienso que la clave para entender la

58. Arthur KAUFMANN, *La Filosofía del Derecho en la postmodernidad*, cit., pág. 55.

59. *Ibid.*, pág. 56.

60. *Ibid.*, pág. 59.

61. Arthur KAUFMANN, *Analogía y “naturaleza de la cosa”*, cit., pág. 72.

filosofía del Derecho de Kaufmann radica en que para él *norma y situación concreta no tienen sentido con independencia de un sujeto que los comprende, pero a pesar de ello norma y situación concreta “son” con independencia del sujeto.*

Si se atiende a la primera parte de esta afirmación –*norma y situación concreta no tienen sentido con independencia de un sujeto que los comprende*– no cabe duda de la importancia que tiene conocer a fondo el proceso a través del cual el sujeto es capaz de comprender el “sentido” de la norma y la situación concreta. La hermenéutica existencial, basada principalmente en la filosofía de Heidegger, le sirve a Kaufmann para tal fin, y de hecho él asume y consolida las principales tesis de la hermenéutica: la pre-comprensión como condición trascendental de todo comprender, y la importancia de la tradición desde la que se comprende y del lenguaje. Sin embargo, como pone de relieve Ollero, a la hermenéutica le interesa el proceso de comprensión por razones ontológicas, pues, aunque la función del juez sea “hacer” el Derecho –Ollero utiliza el término “decir”–, «no se puede olvidar que primero es el ser en el mundo, después el comprender, luego el interpretar y luego el decir, todo ello circularmente»⁶². A mi juicio, esta preocupación ontológica de la hermenéutica existencial está desplazada por otros intereses en los escritos de la última etapa del pensamiento de Kaufmann.

Pero si se atiende a la segunda parte de la afirmación –*norma y situación concreta “son” con independencia del sujeto*–, es lógico que en último término Kaufmann no vea en la hermenéutica una solución al problema del “Derecho justo”, que constituye el núcleo de su preocupación filosófico-jurídica. En efecto, pese a su reiterada insistencia en la intersubjetividad y el consenso para lograr el Derecho, la “teoría convergente de la verdad” reconoce que el mero consenso no representa de por sí el “Derecho justo”, y que existe un componente objetivo que debe ser considerado si

62. Andrés OLLERO TASSARA, *¿Tiene razón el Derecho?*, cit., pág. 240.

se desea alcanzar una “verdad práctica”. Es evidente que dicho componente es objetivo precisamente porque “es” con independencia del intérprete. Por esta razón, pese a que en algunos instantes sus frases puedan dar la impresión contraria, en último término para Kaufmann la verdad consiste en la clásica “*adaequatio intellectus et rei*”. Implícitamente, esto se ve confirmado al criticar la idea de verdad que manejan las “teorías consensuales o procedimentales”: «Esto se explica por la idea de verdad que toman como base: porque entienden que la verdad atañe únicamente a los *juicios que se expresan respecto a la realidad*, y no a *la realidad considerada en sí misma*. Entrañan, pues, una teoría consensual de la verdad, y no una teoría de la correspondencia con la verdad. Esta visión parcial no puede ser correcta: porque el hallazgo de verdades se ve aquí convertido en un fin por sí mismo, y precipita en la forzosa consecuencia de *tener que admitir como legítimo lo malo en que se convenga*»⁶³. Pero especialmente claro es el siguiente texto: «Que la teoría de la correspondencia con su fórmula de adecuación es vaga, imprecisa (¿qué significa *intellectus*, qué *res*, qué *adaequatio*), incluso aporética, difícilmente se puede negar. Pero, y esta es hoy la opinión de no pocos, la teoría de la correspondencia es el *punto de partida* desde el cual se tiene que despegar hacia el problema de la verdad»⁶⁴. Por consiguiente, insisto una vez más, existe un componente objetivo que debe ser tenido en cuenta al tratar de alcanzar el Derecho porque los componentes que conducen a él —norma y situación concreta— “son” con independencia del sujeto. Junto a ese componente objetivo, Kaufmann no duda en declarar otro, previo e independiente de cualquier proceso intersubjetivo: la necesidad de que se garantice a la persona lo que es propio de ella.

63. Arthur KAUFMANN, «En torno al conocimiento científico del Derecho», cit., pág. 24.

64. Arthur KAUFMANN, *Filosofía del Derecho*, cit., pág. 497.

Dejando al margen las dificultades que pueda entrañar el planteamiento ontológico que maneja Kaufmann, es evidente el problema epistemológico que se presenta: cómo y en qué medida puede el intérprete comprender el sentido de esa realidad que es “en sí”, pero que no tiene sentido sin él. Creo que esta pregunta permite entender ahora por qué Kaufmann afirma que nuestros saberes sobre lo normativo son en parte producto del propio conocer –pues la norma y la situación concreta no tienen sentido con independencia del intérprete–, pero sólo en parte, pues todo discurso normativo necesita contar con un objeto –norma y situación concreta que “están ahí”–. Kaufmann comprende perfectamente este problema y ya lo aborda en *Analogie und Natur der Sache*. Así, recuerda que la metafísica clásica tiene por posible «el conocimiento auténtico de las esencias, conocimiento de la cosa en sí, pero no lo tiene por unívoco, sino por analógico»⁶⁵. El problema viene dado, en su opinión, porque la irrupción del racionalismo, con su exigencia de que el ser sea conocido *clare et distincte, more geometrico*, afirma que no hay más conocimiento que el conocimiento unívoco. A juicio de Kaufmann, la crítica kantiana vino a destacar la imposibilidad de lograr una comprensión puramente racional de las esencias, lo que lo sitúa en una «decisiva oposición respecto de la metafísica racionalista de un *Descartes, Leibniz* o *Christian Wolf*. Por el contrario, su crítica al conocimiento encuentra sus raíces en la metafísica clásica, que, exactamente igual que él, había negado la posibilidad de un conocimiento unívoco, matemáticamente exacto de la esencia de las cosas»⁶⁶. Y a ello añade que «[e]s verdad que *Kant* no designa como “conocimiento” a la comprensión analógica de esencias, pero no es negado por él en ninguna parte que esta comprensión sea posible»⁶⁷.

65. Arthur KAUFMANN, *Analogía y “naturaleza de la cosa”*, cit., pág. 62.

66. *Ibid.*, pág. 63.

67. *Ibid.*, págs. 63-64.

Se podría decir que Kaufmann considera que es posible conocer “la esencia misma de las cosas”, si bien analógicamente, es decir, de manera problemática, aunque no por ello irracional. Si esto es así, parece razonable pensar que cuantos más puntos de vista quepa acumular sobre un problema jurídico, más posibilidades habrá de lograr una verdad práctica, habida cuenta de que será precisamente la comparación entre esos distintos puntos de vista lo que permitirá aumentar nuestro conocimiento y alcanzar el “Derecho justo”. Kaufmann afirma que la convergencia de distintos sujetos sobre un mismo asunto, siempre que los sujetos alcancen dicho consenso en un proceso real que atienda a contenidos, constituye el “verdadero criterio para la verdad o corrección de un juicio”. Quizá resultara más apropiado decir que dicha convergencia fundamenta racionalmente la decisión que se ha adoptado, pues es evidente que el consenso alcanzado siempre es problemático, siendo buena prueba de ello la necesidad de contar siempre con el principio de falibilidad⁶⁸.

Llegados a este punto me atrevería a afirmar que la filosofía jurídica de Kaufmann se basa en dos pilares:

68. Pedro SERNA, «Hermenéutica y relativismo», cit., pág. 246, relaciona la propuesta de Kaufmann con Aristóteles, y la valora del siguiente modo: «[E]sta propuesta no se aleja mucho de lo que Aristóteles llamó *dialéctica*, ni por su ámbito, ni por sus reglas o medios de llevarse a efecto, ni por el valor de las proposiciones que se alcanzan a través de ella. El tipo de conocimiento que representa se sitúa en las antípodas de la exactitud y certeza del conocimiento matemático, o de la necesidad propia de la metafísica: aspira más bien a acceder a conclusiones probables y, por ello, esencialmente revisables y susceptibles de una adhesión variable. Se lleva a cabo mediante una ardua tarea en la que nada garantiza la completa certeza, y cuyos resultados distan mucho de ser incontrovertibles y no sujetos [a] revisión o a discusiones ulteriores, pues todo proceso de diálogo y de comparación conduce solamente a certezas más o menos fuertes, y permite obtener conclusiones prácticas siempre abiertas.

Tal vez este punto de llegada desconcuerde a muchos, mas para otros siempre está disponible el consuelo de la vieja enseñanza aristotélica que recomendaba pedir a cada una de las formas de conocimiento el rigor y la certeza permitidos por sus respectivos objetos».

En primer lugar, en la exigencia de que se le garantice al ser humano aquello que le es propio como persona, con independencia de que su determinación concreta resulte problemática. Podría decirse que aquí radica la “idea de Derecho”, o, por utilizar otro término, el principio básico del Derecho. Esto significa que Kaufmann en ningún momento renuncia a un Derecho natural que a su vez no puede estar más alejado del iusnaturalismo racionalista⁶⁹.

En segundo lugar, en la confianza en que las cosas “son” con independencia de nuestro pensamiento –lo que significa un planteamiento ontológico-substancial–, y pueden ser conocidas analógicamente, es decir, de manera problemática “por comparación” por el ser humano. De esta manera, su pensamiento se puede integrar en una metafísica realista próxima a Aristóteles. Esto no se halla en contradicción con afirmar que el Derecho no es una “cosa”, una realidad ontológico-substancial, sino que consiste en una actividad que pone en relación cosas y personas –que a su juicio tampoco representa una realidad ontológico-substancial–.

En definitiva, la filosofía del Derecho de Kaufmann se sostiene en la confianza en el ser y en la necesidad de esforzarse por encontrar el “Derecho justo” en una determinada circunstancia histórica, a la que el individuo accede desde el marco de una tradición que condiciona su visión de la realidad, aunque sin llegar a determinarla completamente. Kaufmann se esfuerza por “situarnos bien” ante el problema jurídico, es decir, por evitar que se incurra en la solución fácil que representa el utopismo⁷⁰. Se

69. En este sentido, Pedro SERNA, «Hermenéutica y relativismo», cit., pág. 242, afirma que «[e]s posible, pues, trazar una línea de razonamiento que parte desde la Hermenéutica existencial y se dirige con éxito al objetivismo axiológico-jurídico». Según Serna, el objetivismo en Kaufmann está ligado al hecho de que este autor considera que no puede existir comprensión sin algo que comprender. Ese algo, según Kaufmann, sólo puede ser la persona, y ello explica por qué comprender es siempre comprenderse a uno mismo.

70. Toda la obra de Ortega constituye un afán de superar el utopismo moderno. Esto se observa con especial claridad en José ORTEGA Y GASSET, «El

observa cómo deliberadamente huye de falsas disyuntivas que cercenan parte de la experiencia jurídica real con el fin de ajustarla a un esquema de razonamiento lógico, fenómeno característico del pensamiento moderno⁷¹. Este intento de superar falsas disyuntivas y permanecer fiel a la realidad podría servir para afirmar que su obra presenta rasgos “postmodernos”, pues no en vano él mismo se adhiere a la tesis que proclama el agotamiento de la Edad Moderna⁷².

La filosofía moderna en su afán de ser radical teoría comienza por examinar cuáles de todas esas cosas con las que uno se encuentra tienen una indudable realidad. Como es sabido, Descartes descubre que de lo único que se puede estar seguro es del hecho mismo de que se está dudando de qué cosas indudablemente existen, y puesto que dudar significa parecerme a mí que algo es dudoso y problemático, y «[p]arecerme a mí algo y pensarlo son la misma cosa. La duda no es sino un pensamiento»⁷³. Por lo tanto, lo único que indudablemente existe, la realidad radical de la filosofía moderna no son las cosas, sino el pensamiento. Esto hace que las cosas “sean” en cuanto son “contenidos de la conciencia”. Pues bien, precisamente la filosofía del Derecho de Kaufmann se caracteriza por rechazar esta idea. Como he señalado, la clave de todo su pensamiento radica en que *norma y situación concreta no tienen sentido con independencia de un sujeto que los comprenda, pero a pesar de ello norma y situación concreta “son” con independencia del sujeto*. Kaufmann acepta que el Derecho no existe hasta que no son puestos en correspon-

ocaso de las revoluciones», y «El sentido histórico de la teoría de Einstein», apéndices a *El tema de nuestro tiempo*, cit., págs. 143-177, y 179-197, respectivamente.

71. Cfr. Jesús BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989, págs. 17-24.

72. Arthur KAUFMANN, *La Filosofía del Derecho en la postmodernidad*, cit., pág. 3.

73. José ORTEGA Y GASSET, *¿Qué es Filosofía?*, Introducción de Ignacio Sánchez Cámara, Madrid, Espasa Calpe, 11ª edición, 2001, pág. 155.

dencia “norma y situación concreta”, pero lo que no puede aceptar es que estos elementos no tengan alguna realidad con independencia del sujeto. ¿Por qué? Sin duda porque entiende que sin ningún referente ontológico independiente del pensamiento todo desemboca en un subjetivismo que, en el mejor de los casos, termina siendo un pensamiento que piensa en clave de intersubjetividad.

RECENSIONES