

KAUFMANN: HERMENÉUTICA Y DERECHO

José Antonio Santos

La presente traducción presenta uno de los últimos trabajos publicados por Arthur Kaufmann, un año antes de su muerte, en torno a la hermenéutica jurídica sin que falten referencias a aspectos penales. Analiza la importancia de la 'espiral hermenéutica' en el proceso de determinación del derecho. Se trata de un aspecto crucial de su pensamiento jurídico-filosófico, cuyo tratamiento inicia ya varias décadas antes.

La hermenéutica iniciada por Schleiermacher sirve de instrumento para elevar la filología y la exégesis al rango de una *tecnología*, a la vez que critica los dogmas del concepto objetivo del conocimiento. Posteriormente, Dilthey postularía la pretensión de unas '*Geisteswissenschaften*' con una metodología y una epistemología comparables a las de las ciencias naturales, pero postulando un pacto entre historia y hermenéutica.

Los ropajes epistemológicos son utilizados por Heidegger para la explicitud de la base ontológica sobre la cual las ciencias del espíritu puedan fundarse. Para ello cuestionará la hermenéutica entendida como epistemología, ahondando en ésta para poner al descubierto sus fundamentos. Por lo tanto, su ontología asumirá la intención de reflejar la estructura –para él será la precomprensión– que aparece en el plano metodológico tomando la forma del círculo.

La filosofía de raíz heideggeriana es continuada por Gadamer que no persigue reavivar la polémica metodológica entre las ciencias naturales y las ciencias del espíritu, sino más bien “rastrear y mostrar lo que es común a toda manera de comprender: que la comprensión no es nunca un comportamiento subjetivo respecto a un ‘objeto’ dado, sino que pertenece a la historia efectual, esto es, al ser de lo que se comprende”¹.

La cuestión es que al extrapolar las conclusiones de la hermenéutica, fundamentalmente las de Gadamer al derecho, se detecta que aquélla no proporciona elementos para la construcción de una metodología normativa de la interpretación que proporcione unas reglas, más o menos objetivas, de cómo interpretar correctamente. Kaufmann intentará conjugar los esquemas de la hermenéutica filosófica con la pretensión de conseguir que lo que pueda parecer irracional, a primera vista, sea racional y objetivo. Para que con ello no se considere que la interpretación de las decisiones jurídicas está cubierta de rasgos subjetivos y arbitrarios, con el peligro que supone para la seguridad jurídica.

La hermenéutica jurídica cobra protagonismo, plenamente, en Kaufmann en una fase tardía de su trayectoria académica. No obstante, determinadas publicaciones tempranas² contribuirían, más tarde, al “desarrollo sistemático de la posición hermenéutica”. En su opúsculo *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, expone de manera clara su “ontología jurídica, sobre cuya base se permite

1. GADAMER, H. G.: *Verdad y Método*, 9ª edición, (trad. de Ana Agud y Rafael de Agapito), Sígueme, Salamanca, 2001, pp. 13-14.

2. Cfr. KAUFMANN, A.: *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts. Zugleich ein Leitfaden durch eine moderne Schuldlehre*, Prólogo de Gustav Radbruch, Krach, Mainz, 1949. Edición revisada y con prólogo del autor y de Gustav Radbruch, Scientia, Aalen, 1985; cfr. “Zur Lehre von den negativen Tatbestandmerkmalen”, en *JZ*, 1954, pp. 653-659; incluido luego en *Schuld und Strafe. Studien zur Strafrechtsdogmatik*, Carl Heymann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1983, pp. 81-98; cfr. “Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum”, en *JZ*, 1956, pp. 353-358 y 393-395; incluido luego en *Schuld und Strafe (ibidem)*, pp. 99-120.

desarrollar, posteriormente, una hermenéutica que no sólo se comprende metodológicamente...”³.

Lo que hasta entonces, en líneas generales, se muestra como revisión teórico-jurídica del positivismo legalista cobra tintes filosóficos, en sintonía con el giro lingüístico de carácter postheideggeriano⁴, apelando a la dimensión hermenéutica de la *herencia* de la tradición.

La influencia de la hermenéutica gadameriana es difícil fecharla de forma concreta en su pensamiento. De manera aproximativa puede tomarse como base la década de los setenta, aunque aparezca citado de pasada en publicaciones anteriores a esta época.

Es destacable cómo en 1961, en *Das Schuldprinzip*, hace desembocar la cuestión del derecho natural en la problemática amplia de una *ontología hermenéutica*⁵, aunque no se atisben aún referencias a Gadamer⁶.

Winfried Hassemer, su primer discípulo y colaborador más estrecho, se hizo eco del pensamiento de Kaufmann, y por ende, de la hermenéutica jurídica, aunque después tomara su propio camino. Ya en su tesis doctoral, *Tatbestand und Typus* (1967), la

3. HASSEMER, W.: “Hermeneutik im Werk Arthur Kaufmanns”, en HASSEMER (ed.): *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, R.v. Decker & C. F. Müller, Heidelberg, 1984, pp. 4 y 5.

4. OLLERO, A.: “El papel de la personalidad del juez en la determinación del Derecho. Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann”, en *Persona y Derecho*, 47, 2002, p. 291.

5. KAUFMANN, A.: “Rechtspositivismus und Naturrecht in erkenntnistheoretischer Sicht” (1961), en *Rechtsphilosophie im Wandel*, 2ª edición, Carl Heymann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1984, p. 99. Un extracto de este trabajo apareció originariamente en *Das Schuldprinzip*, Carl Winter, Heidelberg, 1961; 2ª ed., 1976, pp. 44 y ss.

6. Kaufmann lo señalaría como su segundo maestro en Heidelberg, KAUFMANN, A.: *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit* 2ª edición ampliada con un epílogo, Decker & Müller, Heidelberg, 1992, p. 41. Existe trad. al castellano de Luis Villar Borda bajo el título de *La filosofía del derecho en la postmodernidad*, 2ª edición, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 70.

referencia a la hermenéutica⁷, en general, y a la hermenéutica jurídica⁸, en particular, es más que palpable. Ahí ya se divisa la toma de contacto con la hermenéutica gadameriana, citando dos importantes publicaciones *Die Universalität des hermeneutischen Problems*⁹ y claro está su obra más relevante *Wahrheit und Methode*¹⁰. No obstante, un dato curioso es el hecho de que se detecta un mayor acercamiento por parte de Hassemer, al pensamiento gadameriano, que en Kaufmann. Esta circunstancia es fácilmente comprobable, si acudimos a las publicaciones de su maestro en el intervalo de tiempo que va desde mediados de los sesenta hasta mediados de los setenta.

En la obra *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie* escrita en colaboración con Hassemer sólo aparecen dos referencias a Gadamer¹¹. En cambio, son profusas las menciones de Esser¹². No obstante, el tratamiento expreso de la temática hermenéutica aparece en el capítulo undécimo

7. Las alusiones a dicha corriente de pensamiento son numerosas a lo largo de la obra: pp. 60, 70, 71, 98, 104, 134 y 146. Cfr. HASSEMER, W.: *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Carl Heymann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1968.

8. En lo respectivo a la hermenéutica jurídica, cfr. *ibidem*, pp. 15, 17, 19, 53, 61, 65, 104, 105, 124, 139 y 152. También dedica una nota al pie a la 'künstlerische Hermeneutik', pp. 108 y 109.

9. Publicado en *Philosophisches Jahrbuch der Görres-Gesellschaft*, 73, 1965/66, pp. 215-225. Este artículo aparece citado en multitud de ocasiones, cfr. HASSEMER, W.: *Tatbestand und Typus* (nota 7), pp. 79, 108, 109 y 145.

10. *Ibidem*, pp. 17, 64, 66, 75, 78, 79, 85, 93, 100, 106, 109, 113, 121, 125, 136, 140, 145 y 146.

11. KAUFMANN, A. y HASSEMER, W.: *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, Athenäum, Frankfurt am Main, 1971, pp. 31 y 68. Solamente en una se cita la obra *Wahrheit und Methode* para hacer referencia a la hermenéutica.

12. Dedicar atención a dos de sus trabajos ya clásicos: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* y *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, *Ibidem*, pp. 33, 68, 69 y 72; pp. 35 y 70 respectivamente.

titulado: 'Lógica jurídica y hermenéutica jurídica', haciendo hincapié en el papel de la pre-comprensión y el prejuicio¹³.

Las investigaciones de Kaufmann en los años siguientes se movieron —a la luz de la ontología y metodología jurídicas— precediendo a la descripción minuciosa del concepto hermenéutico: se ocupa del problema de la *identidad* y la *diferencia*¹⁴, el tópico ontológico de la *ipsa res iusta*¹⁵, la *argumentación circular en la determinación del derecho*¹⁶, y la relación de *derecho natural y positivismo jurídico*¹⁷, antes de sacar a la luz la hermenéutica jurídica¹⁸.

13. *Ibidem*, pp. 68 y 69; también pp. 35 y 65.

14. KAUFMANN, A.: "Das Recht im Spannungsfeld von Identität und Differenz", en *Recht als instrument van behoud en verandering. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. J.J.M. van der Ven*, Deventer, Kluwer, 1972, pp. 65-74; incluido luego en *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik. Sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, 2ª edición, Carl Heymann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1993, pp. 161-171 (con algunas diferencias respecto al texto original).

15. KAUFMANN, A.: "Die *ipsa res iusta*. Gedanken zu einer hermeneutischen Rechtsontologie", en PAULUS, G., DIEDERICHSEN, U. y CANARIS, C.W. (eds.): *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 1973, pp. 27-40; incluido luego en *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik* (nota 14), pp. 53-64.

16. KAUFMANN, A.: "Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung", en *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag* Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1973, pp. 7-20; incluido luego en *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik* (nota 14), pp. 65-77; trad. esp., pp. 11-31.

17. KAUFMANN, A.: "Dal Giusnaturalismo e dal Positivismo Giuridico all'ermeneutica" (trad. de Andrea Bixio), en *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 50, 1973, pp. 712-722. La versión alemana se titula "Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik", en *JZ*, 1975, pp. 337-341; incluido luego en *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik* (nota 14), pp. 79-88. Existe traducción al castellano del alemán por Andrés Ollero bajo el título: "Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica", *ACFS*, 17, 1977, pp. 351-362.

18. HASSEMER, W.: "Hermeneutik im Werk Arthur Kaufmanns" (nota 3), pp. 9 y 10.

Acertadamente señala Hassemer tres líneas destacables, en la fase que comienza con los años sesenta, en el pensamiento de Kaufmann: “fundamentos de una teoría penal axiológica (justicia penal) en la filosofía del derecho y la teoría penal fundamental; mediaciones entre norma y hecho en una teoría hermenéutica del derecho fundamentada filosóficamente; concreciones de teoría y praxis científicas en diversos ámbitos”¹⁹. Es precisamente en esta época cuando Kaufmann comienza una fundamentación ontológica de un derecho suprapositivo y, por ende, también del derecho positivo para luego extenderse al nivel de la realización del derecho “cuyo núcleo se convierte en el vasto proyecto de la hermenéutica jurídica”²⁰. En esta línea destaca *Analogie und ‘Natur der Sache’*²¹; posteriormente, vendrían sus trabajos sobre *Ley y derecho*²² y *¿Para qué una filosofía del derecho hoy?*²³, que servirán de fundamento a su concepción hermenéutica.

19. HASSEMER, W.: “Strafgerechtigkeit. Versuch über das wissenschaftliche Werk Arthur Kaufmanns” Versuch über das wissenschaftliche Werk Arthur Kaufmanns”, en HAFT, F., HASSEMER, W., NEUMANN, U., SCHILD, W. y SCHROTH, U. (eds.): *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Müller, Heidelberg, p. 9. Existe traducción al castellano de José Antonio Seoane, en *Persona y Derecho*, 47, 2002**, p. 121.

20. *Ibidem*, p. 6; ed. esp., p. 115.

21. Para las referencias a Gadamer, cfr. KAUFMANN, A.: *Analogie und ‘Natur der Sache’*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2ª edición, R.v. Decker & C.F. Müller, Heidelberg, 1982, pp. 31, 58 y 77. Existe trad. al castellano y estudio preliminar, a la primera edición, de Enrique Barros Bourie, Editorial jurídica de Chile, Chile, 1976, pp. 74 y 108. La p. 77 de la edición alemana no tiene correlación en la española, ya que corresponde al prólogo de la segunda edición y la traducción se realizó a la primera edición. Respecto a la edición de 1965 el influjo propiamente gadameriano no se aprecia demasiado, las citas son las mismas a excepción de la incluida en el epílogo. Trabajo incluido en *Rechtsphilosophie im Wandel*, 1ª edición, Athenäum, Frankfurt am Main, 1972, pp. 297 y 319.

22. KAUFMANN, A.: “Gesetz und Recht”, en *Existenz und Ordnung. Festschrift für Erik Wolf zum 60. Geburtstag*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1962, pp. 357-397. De forma independiente en la editorial de la Universität des Saarlandes (Saarbrücker Universitätsreden 4), Saarbrücken,

En el prólogo a la primera edición de *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik* a modo de epítome de todos los trabajos insertos en la misma postula una ‘teoría del derecho correcto’, en un doble sentido: una teoría sobre *qué* es el derecho correcto, y una teoría de *cómo* se origina en el proceso de comprensión del derecho –ambas, no obstante, se condicionan y complementan recíprocamente– a las que denomina ‘Teoría hermenéutica del derecho fundamentada filosóficamente’. Se establece –según Hassemer– como “una teoría de la mediación entre norma y hecho, de la realización del derecho en la situación concreta, que se puede remitir y apoyar en una determinación filosófica del derecho correcto”²⁴.

Es curioso cómo Kaufmann, en la primera etapa de su pensamiento hermenéutico, distingue en el problema de la historicidad del derecho dos aspectos sobresalientes; uno más de ontología jurídica y filosofía del derecho y otro más de metodología-teoría del derecho²⁵. Pero el interesante ahora es el segundo punto de vista, el metodológico-teórico del derecho, que apunta, por así

1966; incluido luego en *Rechtsphilosophie im Wandel*, 2ª edición (nota 5), pp. 131-165.

23. KAUFMANN, A.: *Wozu Rechtsphilosophie heute?*, Athenäum, Frankfurt am Main, 1971; incluido luego en *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik* (nota 14), pp. 1-23. Existe traducción al castellano de Andrés Ollero bajo el título: “Sentido actual de la Filosofía del Derecho”, en *ACFS*, 13, fascículo 1º, 1972, pp. 7-36.

24. HASSEMER, W.: “Strafgerechtigkeit” (nota 19), p. 12; ed. esp., p. 127. Cfr. KAUFMANN, A.: “Vorwort”, en *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik* (nota 14), p. XI.

25. KAUFMANN, A.: “Die Sprache als hermeneutischer Horizont der Geschichtlichkeit des Rechts” (1969), en *Rechtsphilosophie im Wandel*, 1ª edición (nota 21), pp. 338-368. Ya no aparece en la segunda edición de la cita obra, remitiendo el autor a la nueva redacción del trabajo bajo el título: “Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik”, en BOCKELMANN, P., KAUFMANN, A. y KLUG, U. (eds.): *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1969, pp. 243-273; incluido luego en *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik* (nota 14), pp. 25-52.

decirlo, a la *historicidad hermenéutica del derecho*²⁶. La comprensión hermenéutica del sentido lingüístico de un texto no es para Kaufmann algo meramente receptivo, sino más bien un actuar práctico, conformador, realizándose este actuar a través del derecho concreto, histórico²⁷. Por encima de todo se trata de un ‘autocomprenderse’ (*Sichselbstverstehen*) del ‘sujeto del comprender’ (*Verstehenssubjekts*)²⁸. Para comprender y aplicar el derecho se partirá de las pre-comprensiones (Esser) y los prejuicios (Gadamer²⁹), que no dejan de ser subjetivos, propios del individuo, “mas no pueden conducir a un resultado subjetivo, espontáneo, libremente modificable o abiertamente negociable”³⁰. La determinación del derecho significa por encima de todo “argumentar correctamente en el sistema abierto”³¹.

Su preocupación por la hermenéutica jurídica como tal —es decir, de forma específica e independiente— es puesta de relieve, por él en la segunda edición de su *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, de 1993, fijándola en el tiempo más o

26. KAUFMANN, A.: “Die Sprache als hermeneutischer Horizont der Geschichtlichkeit des Rechts” (nota 25), p. 342; También “Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik”, en *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik* (nota 14), p. 29. El subrayado es nuestro.

27. KAUFMANN, A.: “Teoría de la justicia. Un ensayo histórico-problemático”, en *ACFS*, 25, 1985, p. 57.

28. KAUFMANN, A.: “Über das Problem der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis”, en DORNSEIFER, G., HORN, E., SCHILLING, G., SCHÖNE, W., STRUENSEE, E. y ZIELINSKI, D. (eds.): *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, p. 4.

29. Esta situación conduce irremediabilmente al círculo hermenéutico que “funda toda comprensión en la persona del hombre y por ende es insuprimible”, KAUFMANN, A.: *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit* (nota 6), p. 40; ed. esp., p. 68. Sobre el círculo hermenéutico, Cfr. KAUFMANN, A.: “Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung” (nota 16), pp. 7-20; incluido luego en *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik* (nota 14), pp. 65-77; ed. esp., pp. 11-31.

30. HASSEMER, W.: “Strafgerechtigkeit” (nota 19), p. 14; ed. esp., p. 130.

31. KAUFMANN, A.: “Über das Problem der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis” (nota 28), p. 3.

menos diez años antes y nombrando entre los autores que la introducen a Engisch, Esser, Larenz, Hassemer, Hruschka y Frommel, aparte de él mismo³². A estos nombres pueden añadirse los de Robert Leicht, Ulrich Schroth, y también, Walter Kern y Jörg Splett³³.

En la última etapa de su vida son destacables, especialmente, dos publicaciones que siguen el hilo iniciado hace ya varios años. Por un lado, su *Rechtsphilosophie* en el que la hermenéutica jurídica tiene un lugar destacado en la composición general del libro³⁴. Aquí Gadamer³⁵ se convierte en referencia obligada junto a Stelmach³⁶ o Ricoeur³⁷. Por otro lado, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung*³⁸, en la cual presta atención a los problemas acerca de la lógica jurídica, deducción e inducción, analogía y abducción, entre otros. Aparece reflejada sobremanera la hermenéutica jurídica para, o bien cuestionar la cientificidad de la ciencia jurídica, o bien desarrollar el papel del círculo hermenéutico dentro de la doctrina del método jurídico³⁹.

32. KAUFMANN, A.: "Vorwort", en *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik* (nota 14), p. IX. En el epílogo a la 2ª edición de su *Analogie und 'Natur der Sache'* (nota 21) añadiría algunos nombres: Müller y Kriele, p. 77.

33. KAUFMANN, A.: "Die Aufgabe der Philosophie im kybernetischen Zeitalter", en *Rechtsphilosophie im Wandel*, 2ª edición (nota 5), p. 261.

34. KAUFMANN, A.: *Rechtsphilosophie*, 2ª edición. Beck, München, 1997, pp. 8, 37, 38, 44-46, 47, 48, 49, 50, 64, 79, 80, 84, 86-93, 236, 237. Existe trad. de Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 30, 41, 98, 99, 101, 103, 104, 105, 126, 160, 164, 173, 425 y 426.

35. *Ibidem*, pp. 37, 39, 44, 45, 58, 82, 86, 91, 107 y 294; ed. esp., pp. 88, 91, 92, 98-101, 119, 166, 173, 192, 221, 465 y 470.

36. *Ibidem*, p. 38, 44, 46, 58, 69 y 86; ed. esp., pp. 87, 92, 99, 101, 119, 136, 166, 173 y 470.

37. *Ibidem*, pp. 40, 44, 152 y 281; ed. esp., pp. 92, 99, 290 y 491.

38. KAUFMANN, A.: *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, Beck, München, 1999, pp. 33, 62, 63, 67, 83 y 84.

39. *Ibidem*, pp. 38, 39, 62, 63, 65, 67, 75, 83 y 84.

