

Persona y Derecho

Revista de fundamentación
de las Instituciones Jurídicas
y de Derechos Humanos

Vol. 47-2002**

Andrés Ollero

EL PAPEL DE LA PERSONALIDAD DEL JUEZ
EN LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO

SERVICIO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE NAVARRA

EL PAPEL DE LA PERSONALIDAD DEL JUEZ EN LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO.

*DERECHO, HISTORICIDAD Y LENGUAJE
EN ARTHUR KAUFMANN*

Andrés Ollero

“El que piensa que su juicio se funda exclusivamente en lo que tiene delante (‘sometido sólo a la ley’) es en realidad el juez más dependiente, ya que no se halla en condiciones de distanciarse de sus opiniones previas no sometidas a reflexión”¹.

El iusnaturalismo racionalista que impulsa la codificación se tradujo en un planteamiento legalista, asumido luego por el positivismo jurídico, que reconocía escasa relevancia a la figura del juez. Arquetípica al respecto acabará siendo la metáfora de Montesquieu, que lo presenta como “la boca que pronuncia la palabra de la ley”. Su tarea colaboraría al equilibrio entre los poderes del Estado más bien por vía de inhibición, al ser el Judicial un poder en cierta medida nulo. Este punto de partida se verá

1. “Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit”, en *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr, 1974, pág. 303.

sometido a discusión por partida doble: por el inevitable distanciamiento histórico entre la ley y la dinámica realidad social a la que debe aplicarse, y por el complejo desentrañamiento de esa 'palabra' que habría de pronunciar el juez. Historicidad y lenguaje, doble eje de la prolongada obra de Arthur Kaufmann, desvelarán en la determinación² del derecho un muy distinto papel del inevitable juego de la personalidad del juez en el cumplimiento de su función³.

I. JUEZ E HISTORICIDAD DEL DERECHO

De la identificación legalista de derecho y ley se pasará a entender la ley como un instrumento, sin duda necesario pero a la vez insuficiente, para la positivación del derecho. La ley ofrece un obligado marco de referencia, general y permanente, que

2. Traduciremos, como hemos hecho en otras ocasiones, 'Rechtsfindung' por 'determinación' del derecho para acentuar la dimensión conformadora de la que se hablará más abajo. 'Hallazgo' o 'descubrimiento' del derecho, fórmulas a las que recurren otras traducciones, parecen sugerir tácitamente que el derecho está ya objetivamente acabado antes de la intervención del juez. La mera 'aplicación' del derecho encontraría, por otra parte, su referente en el término 'Rechtsanwendung'. A. KAUFMANN, tras sugerir similar diferencia entre ambos términos, considera por último que la 'Rechtsgewinnung', u 'obtención' del derecho, englobaría genéricamente a ambos —*Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse München*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999, págs. 12-13.

3. "El juez es parte del proceso de determinación del derecho, solamente él hace hablar a la ley, le extrae su sentido concreto relacionado con el caso, activa su fuerza innovadora, la despierta de su abstracta inmovilidad a la existencia histórica. Para la calidad de la jurisprudencia es muy importante que el juez comprenda el significado de su papel" —A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997 (2ª), págs. 89-90. Para las citas textuales en español de esta obra tenemos en cuenta la versión de L. Villar Borda y Ana María Montoya (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999), modificando algunas expresiones cuando lo consideramos oportuno.

exigirá verse complementado por una tarea judicial atenta a la historicidad del caso concreto. La interpretación deja así de entenderse como terapia ocasional, suscitada por enojosas imperfecciones legales, para mostrarse como saludable exigencia de su cotidiana vitalidad⁴. El llamado *sistema* jurídico habría pues de diseñarse de modo obligadamente *abierto*, presto a asumir esas adiciones complementarias exigidas por la connatural insuficiencia de la ley.

La necesidad de revisar asentados tópicos de la dogmática jurídica se ejemplificará de modo particular al cuestionar su veto al recurso a la *analogía* en la *aplicación* de las normas penales. Desde la perspectiva legalista, razonar analógicamente sería abandonar incluso el campo de la *interpretación* —que, de no ser la ley oscura, resultaría ya abusiva— para adentrarse en el campo abiertamente creativo de la *integración* jurídica⁵. En realidad, sin embargo, la interpretación es compañera inseparable de toda aplicación de la norma, haciendo aflorar una correspondencia entre lo normativo y el contenido de hecho, con clara querencia teleológica⁶.

4. “La tradicional metodología positivista considera la aplicación de derecho como el caso normal y la creación de derecho como la excepción”, pero “el carácter inacabado de la ley no es un defecto, en contra de lo que sostiene la concepción positivista, sino que es ‘a priori’ y necesario” —*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 91.

5. Significativo al respecto el planteamiento de SAVIGNY, del que nos ocupamos en “Savigny: el legalismo aplazado”, en *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, sin que junto a otras referencias a A. KAUFMANN faltara —en la nt. 45 de la pág. 93— la obligada a su estudio “Friedrich Carl von Savigny”, en *Die Grossen der Weltgeschichte* (ed. por K. Fassmann), Zurich, Kindler, 1976, t. VII, págs. 402-415.

6. *Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Karlsruhe, Müller, 1965, pág. 30 (traducción al español de E. Barros: Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976). Hay edición posterior, corregida y con un epílogo: Heidelberg, Decker - Müller, 1982. Se trata, sin duda de la obra más significativa de A. Kaufmann, incluso para él mismo, como se deduce de las omnipresentes referencias a ella en su obra conclusiva, en las que

El modo de razonar jurídico a través del que todo ello se lleva a cabo tendrá siempre una dimensión analógica. La diferencia entre la analogía y otros tipos de interpretación que la hagan menos visible será sólo de grado. La determinación del derecho no se puede entender como la suma de “dos actos separados, la inducción y la deducción, una tras otra; es más bien una simultaneidad, un ‘abrirse’ de las circunstancias de hecho hacia la norma y de la norma hacia las circunstancias de hecho, que avanza sin interrupción. Precisamente en ese abrirse radica la ‘extensio’ propia de la analogía”⁷.

Tendrá, pues, sentido una llamada a la prudencia a la hora de graduar el alcance de su juego, pero nunca cualquier intento de distinguir entre la presunta univocidad de las leyes claras y la opción, considerada gratuita, por una analogía de efectos caprichosamente extensivos. Encerrar la interpretación en las fronteras del sentido de las palabras es ya dar plena entrada a la analogía, porque tal sentido será necesariamente análogo; lo unívoco no necesita interpretación y lo equívoco no la admite⁸.

No se trata sólo de que todo diagnóstico favorable acerca de la claridad del texto legal encierre ya un momento hermenéutico, arruinando el ‘*in claris non fit interpretatio*’; es que “el ‘posible sentido literal’ no es sino analogía, sólo que con otro nombre”. Lo peligroso sería ignorarlo, porque entonces “los problemas de los límites de la interpretación y de la prohibición jurídico-penal de la analogía no son en absoluto perceptibles”⁹.

hará más énfasis en el papel de la analogía que en el de una “naturaleza de la cosa” en evidente repliegue.

7. Tal planteamiento le llevará a polemizar con B. Schünemann, que le acusa de “sincretismo metodológico”, por considerar que esa mera diferencia de grado sólo se daría si no hubiera que manejar dos lenguajes: el jurídico sólo proporciona los términos, mientras los significados dependerán en gran medida del lenguaje ordinario –*Das Verfahren der Rechtsgewinnung* (cit. nt. 2), págs. 8-9; *Rechtsphilosophie* (cit. nt. 3), pág. 125.

8. *Analogie und Natur der Sache* (cit. nt. 6), pág. 4.

9. *Rechtsphilosophie* (cit. nt. 3), págs. 59 y 60.

Todo ello va a desvelar el inevitable protagonismo del juez. Su función no consistirá en aplicar una norma de contenido neto, salvo error u omisión del legislador, sino en contribuir a llevar a cabo el proceso de positivación del derecho que con ella se inició, a través de una interpretación que la sitúe en el caso concreto. Así contribuirá a fijar una solución, más que legal, propiamente jurídica. De la figura del juez que se limita a *aplicar* el *derecho* positivo (identificado con esa ley que sería capaz de “decir” el derecho por sí sola), pasamos a la de un juez encargado de *interpretar* la norma decantando su *sentido* en el caso propuesto. ¿Nos deja esto en manos de su subjetividad, por actuar ajeno a todo punto de referencia objetivo?

La respuesta sería inevitablemente afirmativa, si se suscribe un planteamiento relativista que descarte la existencia de cualquier criterio objetivo, más allá del mero texto legal. Así ocurre cuando se rechaza la posibilidad de un auténtico razonamiento práctico, por situar en el ámbito de lo volitivo o lo emotivo todo intento de concretizar el genérico mensaje del legislador. Nos encontraríamos, una vez más, ante el viejo dilema entre positivismo jurídico y iusnaturalismo.

En realidad había sido el propio derecho natural racionalista el que había coadyuvado a engendrar la idea de un derecho concebido como sistema, capaz de proyectarse deductivamente desde sus principios rectores al caso concreto. La fórmula fue luego aprovechada por el positivismo jurídico consolidado tras la codificación, buscando garantizar —a través de los llamados principios generales del derecho— la plenitud de un ordenamiento capaz de solucionar, sin salir de sí mismo, cualquier contingencia. Desde este punto de vista el viejo dilema habría desaparecido. El juez —según el Código Civil español, por ejemplo— en defecto de ley y de costumbre, habría de aplicar los citados principios; operación a la que no se atribuye mayor creatividad que al mero manejo, supuestamente aplicativo, de la norma legal. No habría ya un derecho natural capaz de primar sobre el derecho positivo, ni presto

buirá así decisivamente a alumbrar el “sentido” jurídico del texto legal al situarlo en el contexto real del caso¹⁶.

Como consecuencia, derecho natural y derecho positivo dejarían de presentarse como un dilema que obligara a optar por uno u otro, para desvelarse como elementos indispensables de un unitario proceso de positivación que tiene como objetivo el logro de una solución ajustada del caso concreto¹⁷.

Todo ello implica el deslinde entre un relativismo meramente gnoseológico, que marcaría los inevitables condicionamientos de la racionalidad subjetiva –incluida, como es lógico, la del propio juez– y la existencia de un fundamento ontológico objetivo, capaz de suministrar aprovechables indicios éticos¹⁸; por más que su

16. Ese ‘*tertium*’, o ese “mediador” tanto del proceso de producción legislativa, como del proceso de creación del derecho, “puede caracterizarse como ‘*ratio iuris*’, siempre que no se incurra en el error de buscar esa ‘*ratio*’ (el ‘sentido’) sólo en la ley”, porque late también en las circunstancias de hecho de la vida. Afirmaré, pues, más tarde que “entre supuesto de hecho de la ley y contenidos de hecho vitales no se da una correspondencia ontológica sino de sentido, que cabría situar en una ‘naturaleza de la cosa’, a la que siempre habría aludido entrecomillada “para dejar claro que no se trata de una terminología suficientemente ajustada”, sino de una “forma de pensamiento” que acabará pareciéndole, “no obstante, ambigua en alto grado” –“Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie”, en *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute. Beiträge zur Standortbestimmung*, “ARSP”, beiheft 44, 1991, pág. 156; también *Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 126.

17. No “existe una opción entre corrección y positividad del derecho. Tan sólo las dos a un mismo tiempo pueden constituir derecho” –A. KAUFMANN, *Filosofía del derecho*, (trad. de L. Villar Borda y Ana María Montoya), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, págs. 189-190. Citamos en éste y otros casos obligadamente el texto y paginación de la versión en español, por tratarse de pasajes pertenecientes a un capítulo que “fue ampliado y modificado por el autor para esta edición, de manera que difiere en numerosos aspectos de la última edición alemana. El Profesor Kaufmann estimó que era necesario rehacer esta parte tan importante de la obra”, –*ibidem*, pág. 20.

18. El relativismo se daría, pues, en un plano teórico-cognoscitivo y no ontológico; pero junto a la historicidad del conocimiento de lo jurídico, nos hallamos con la historicidad ontológica del objeto de ese conocimiento. La diferencia entre la esencia y la existencia aparece por entonces como la clave

delimitación más detallada deba siempre producirse en diálogo con el marco normativo general. Se trataría de una ontología no ciega a lo existencial¹⁹, alejada por tanto del “ontologismo”; reprochable por igual al derecho natural racionalista, a la jurisprudencia de conceptos o al positivismo lógico-normativo”, que comparten una “deducción de la existencia a partir de la esencia”²⁰.

Esta denuncia había sido ya planteada por el ‘Movimiento del derecho libre’, que excluye que la decisión jurídica pueda deducirse de la ley, niega la identidad de ley y derecho y resalta la historicidad del segundo. Su afirmación de que no hay en el derecho menos lagunas que palabras en la ley, le llevaba en la práctica a desligar al juez de todo punto de referencia. El intento de remitirlo a una ‘naturaleza de la cosa’ concebida en clave fáctico-sociológica encubría una inevitable querencia criptonormativa. Dibujando una nueva querrela de los universales, el ultrarrealismo de la jurisprudencia de conceptos se enfrentaría a un nominalismo iusliberista. Habría que superar este dilema entre

de la historicidad. Esencia del derecho y existencia del derecho, iusnaturalidad y positividad, conformarían la realidad jurídica. En este contexto cobraba ya importancia la comunicación lingüística y el valor de la tradición como algo vivo “que introduce el ayer en el hoy para optar por un mañana” –*Das Schuldprinzip*, (cit. nt. 13), págs. 75, 90, 43 y 81.

19. *Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 85.

20. En estos años le sabrá a poco ese mínimo de metafísica que el mismo Kelsen reconocería como indispensable, para aspirar al “máximo metafísico admisible”, convencido de que el planteamiento teórico-cognoscitivo es sólo un intento que deja abiertas muchas preguntas. Ello le llevaba a postular una antropología que giraba en torno a estos puntos: posibilidades y límites de la razón humana para conocer metafísicamente; historicidad ontológica del hombre, como desarrollo de su base esencial; sentido creacional de la persona humana como fundamento (teocéntrico) de la ética, que deriva a su vez de la peculiar historicidad del hombre, que forja su propio mundo. Aclarará por entonces que entiende la “metafísica en sentido clásico aristotélico-tomista como la ciencia objetiva de una dimensión ‘übersinnlich’ de lo real”; todo ello en el marco de un iusnaturalismo que no tiene empacho en calificar de muy “acrítico”, –*Das Schuldprinzip*, (cit. nt. 13), págs. 50, 56-57, 39 y 8.

un '*Gesetzesstaat*' y un '*Richterstaat*', que convertiría el juez en poder privilegiado, para lograr un auténtico Estado de derecho ('*Rechtsstaat*')²¹.

El peligro de llegar a un "Estado de jueces" será, en efecto, uno de los argumentos que se opondrá a una profundización filosófica de la distinción que la propia Ley Fundamental alemana plantea (en su artículo 20.3), al subordinar los poderes del Estado a "la ley y el derecho"; se temía que de ello derivara la ruptura de la división de poderes con una inevitable 'politización' por vía judicial. La Constitución española asumirá sólo a medias este nuevo escenario, ya que, si bien en su artículo 103 someterá a la Administración a ambos, al referirse a los jueces (en el artículo 117) los considerará "sometidos únicamente al imperio de la ley"²².

La situación, pues, se complica. Se mantiene, por una parte, el principio de legalidad frente a cualquier huida a un derecho no escrito; la positividad viene exigida por la misma 'naturaleza de la cosa', por lo que no cabría obtener derecho sin apoyarse en una ley, intentando un recurso directo a la misma "Natur der Sache". Se resalta, a la vez, que positividad equivale a judiciabilidad, lo que explicaría la positividad jurídica de la costumbre. La interpretación de la ley implica ante el caso concreto un sondeo del contenido de hecho, por lo que "todo ello se falsea cuando en esa determinación específica del derecho se habla sólo del 'sometimiento' del juez a la ley. Si el juez estuviera 'sometido' a la ley,

21. *Freirechtsbewegung – lebendig oder tot? Ein Beitrag zur Rechtstheorie und Methodenlehre*; introducción a E. FUCHS, *Gerechtigkeitswissenschaft*, Karlsruhe, Müller, 1965, págs. 6, 10, 13, 16 y 17; (incluido luego en *Rechtsphilosophie im Wandel*, (cit. nt. 12), págs. 231-249). Afirmaciones similares en la coetánea *Analogie und Natur der Sache*, (cit. nt. 6), pág. 44.

22. Ello no ha dejado de gravitar a la hora de valorar la importancia del precedente judicial para estimar vulnerado o no el principio de igualdad en la aplicación de la ley. De ello nos hemos ocupado en *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

le estaría prohibido ir más allá de ella, que es lo que hace cuando la interpreta”²³. La interpretación no sería tanto un “pensar después lo ya pensado”, como un creativo repensar, que ha de llevar hasta su final un pensamiento no concluido; con lo que será el juez y no el texto legal el que acabe siendo más inteligente que el legislador.

Inevitablemente se apuntará incluso, con citas a Tomás de Aquino²⁴, que si una ley injusta no es derecho sería contradictorio un Estado de derecho que obligara al juez a aplicarla. La consecuencia afecta a nuestro problema: “independencia judicial quiere decir liberarse de lo extraño al derecho”²⁵. No cabría siquiera apelar a la seguridad jurídica, porque también el terror asegura y Hitler no habría quizá logrado implantar su dictadura sin la obediencia de los jueces.

Por más que se nos diga que la resistencia a la antijuridicidad legal no plantearía tanto un problema de conciencia como una cuestión propiamente jurídica, el atolladero no admite fácil solución. Todo ello parece invitarnos a reconocer, más allá del derecho como mandato del legislador, el juego inevitable de un

23. “Gesetz und Recht”, en *Existenz und Ordnung. Festschrift für Erik Wolf zum 60. Geburtstag*, Frankfurt/M., Klostermann, 1962; la cita en pág. 389; respecto a lo aludido en este párrafo y el anterior, cfr. págs. 361, 363, 373, 385, y 390 (trabajo incluido luego en *Rechtsphilosophie im Wandel*, (cit. nt. 12), págs. 131-165). Comentando este mismo trabajo, apostillará que la fórmula que vincula la independencia del juez con su exclusivo sometimiento a la ley “es no sólo falsa sino absolutamente irrealizable” –*Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 16), págs. 151-152.

24. Son frecuentes en esta etapa de su obra, tras el interés despertado en sus lecturas de Pieper. No llegarán a desaparecer, por más que se considere “apostrofado” cuando, quizá por su “procedencia católica”, se le cataloga como “neotomista”; considera que su “primer escrito filosófico-jurídico *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, (cit. nt. 12) estaba ya acentuadamente dirigido contra la interpretación de Tomás propia del neotomismo de la época” –*Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 16), págs. 146-147.

25. *Gesetz und Recht*, (cit. nt. 23), pág. 365, cfr. también págs. 364, 368 y 366.

derecho de juristas, identificado no con la ley sino con una 'cosa juzgada', en cuya determinación el juez asumiría institucionalmente un papel de indudable relevancia.

¿En qué medida influirán sus propios planteamientos personales? ¿Existen resortes capaces de controlar la dimensión creativa de la tarea de los miembros de ese Poder que es ahora cualquier cosa menos "nulo"? Para que la situación no llegue a resultar inquietante sería preciso que se diera algún grado de confluencia entre tres posibles fuentes de confianza: la existencia de elementos éticos objetivos cuyo conocimiento, aun siendo problemático, resultara no obstante factible a través de un esfuerzo intersubjetivo; la eficacia de los mecanismos procesales para dar cauce a dicho esfuerzo, así como para dejar abierta alguna instancia rectificadora de posibles errores; la nitidez de la llamada independencia "objetiva" de ese gremio judicial, capaz de transmitir una apariencia de imparcialidad que consolide la credibilidad social de sus resoluciones.

II. EL JUEZ CONTRIBUYE A DECIR UN DERECHO QUE ES LENGUAJE

El problema planteado por la inevitable ahistoricidad de un texto legal desconectado del dinamismo de la realidad social, sobre la que está obligado a proyectarse, se verá pronto acompañado por un segundo motivo de reflexión. Aun admitiendo que el juez fuera sólo la boca que pronuncia la palabra de la ley ¿qué palabra es esa que el juez está llamado a pronunciar? Del problema de la historicidad pasamos a otro muy vecino: el del lenguaje. Ya había quedado de relieve que el sentido de las palabras, si no se quiere privarlo de historicidad, no debe concebirse estáticamente; ahora se resaltaré que, en cualquier caso, tal enfoque sería imposible, precisamente porque el lenguaje jurídico no es nunca unívoco sino análogo. Lo que hasta ahora era revisión teó-

rico-jurídica superadora del legalismo pasará a discurrir por derroteros filosóficos²⁶, vinculados al giro lingüístico de la filosofía postheideggeriana²⁷.

Profundizará, pues, en cómo el lenguaje despliega una dimensión capaz de configurar la realidad. Mientras que el racionalismo aspiraba a apoyarse en un lenguaje unidimensional y unívoco, al que erigía en condición de toda ciencia, ahora se pondrá de relieve que el derecho no puede ser deducido sino “hablado”; de lo que había ya dado fe el clásico concepto de ‘*iuris-dictio*’²⁸. El derecho se constituye en un acto de comprensión, que a su vez se articula a través del lenguaje²⁹.

“No se tratará ya de plantear cómo el derecho puede ‘deducirse lógicamente’ de normas estrictas, sino que la cuestión versará más bien sobre cómo puede el derecho ‘comprenderse hermenéuticamente’ desde un lenguaje históricamente vivo”. No es lo

26. El mismo A. Kaufmann fechará en 1957 el arranque del influjo de Gadamer sobre su obra. Aunque apunte que ya en su estudio sobre *Analogie und Natur der Sache*, (cit. nt. 6) “se abre camino por vez primera el entendimiento hermenéutico del derecho y de su proceso de determinación, de un modo claramente reconocible”, resulta más convincente su afirmación de que será después cuando publique otros trabajos en los que procura profundizar en la perspectiva hermenéutica –*Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 16), págs. 146, 153 y 156.

27. Si el comienzo de la Modernidad se caracteriza por el poder y el afán de cambiar todo dominándolo, hoy hay que replantear la frase de Marx diciendo: hasta ahora el filósofo procuró cambiar el mundo, ahora toca de nuevo volver a interpretarlo –A. KAUFMANN, *Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart*, “Juristenzeitung”, 1963 (18), pág. 148; incluido luego en *Rechtsphilosophie im Wandel*, (cit. nt. 12), págs. 167-199.

28. “Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik”, en *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt/M., Klostermann, 1969, págs. 252, 255-256 y 265; incluido luego en *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, (cit. nt. 11), págs. 25-52.

29. *Wozu Rechtsphilosophie heute?*, Frankfurt/M., Athenäum, 1971, pág. 28 (trabajo que tuve ocasión de traducir al español: “Sentido actual de la filosofía del derecho”, “ACFS”, 1972 (12/1), págs. 7-36; fue incluido luego en *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, (cit. nt. 11), págs. 1-23.

mismo afirmar que “el derecho se sirve del lenguaje” que dejar sentado que “el derecho se produce a través del lenguaje”. Todo ello ofrecerá una nueva visión de aspectos ya estudiados en ese surgimiento del derecho como correspondencia entre ser y deber ser. “Con el lenguaje como ‘medium’ el hombre se apodera del mundo y se apodera de su prójimo, a través del lenguaje ejerce poder”. Pero, “sobre todo, el hombre a través del lenguaje se apodera también de sí mismo, se construye ‘su mundo’”. Como “también el derecho es un ‘mundo’”, “cuando el derecho ‘se aplica’, se realiza; se produce una mediación de dos mundos”; porque “a través de la realización del derecho el deber ser y el ser se ponen en contacto”³⁰.

De todo ello derivará una obligada crítica a la insuficiencia del normativismo jurídico. El derecho no es norma abstracta sino ante todo acto, acción de justicia, un ocurrir real entre los hombres³¹. La actividad jurídica cobra carácter de filosofía práctica, marcando así a la misma filosofía del derecho. Esta, más que aspirar a elaborar un sistema, habrá de alimentar una reflexión crítica del derecho existente, incitando a una defensa del derecho respecto a lo injusto³². Junto a ella la teoría del derecho habría de

30. *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik*, (cit. nt. 11), pág. 84; *Rechtsphilosophie* (cit.), págs. 111-112. Ya antes había afirmado que ‘Sein’ y ‘Sollen’ no son idénticos ni diferentes sino correspondientes —“Das Recht im Spannungsfeld von Identität und Differenz. Meditationen über ein unauslotbares Thema”, en *Recht als instrument van behoud en verandering. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. J.J.M. van der Ven*, Deventer, Kluwer, 1972, pág. 73.

31. “Die ‘ipsa res iusta’. Gedanken zu einer hermeneutischen Rechtsontologie”, en *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 1973, págs. 34 y 35, con abundantes alusiones a Tomás de Aquino; incluido luego en *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, (cit. nt. 11), págs. 53-64.

32. Así la pregunta ¿para qué una filosofía del derecho hoy? encontrará como respuesta: para hacer más justo el derecho y con él las relaciones humanas —*Wozu Rechtsphilosophie heute?*, (cit. nt. 29), págs. 36 y 39. De tal perspectiva brotará su crítica, por “irreflexivos”, a los planteamientos sistémicos de Niklas Luhmann, que invitan a separar la decisión y el convencimiento sobre

ser también “crítica” y por tanto metadogmática. Aun siendo teoría, encerrará siempre una tarea político-jurídica: hacer más humana la sociedad y cambiarla hacia la justicia. Autorreflexión y crítica se convierten, pues, en momentos indispensables del pensamiento teórico-jurídico³³.

La querencia al sistema, propia de la teoría del conocimiento racionalista que sirve de matriz también al legalismo iusnaturalista, se prolonga en su herencia positivista. Se mantiene la búsqueda de una *razón pura*, liberada de prejuicios y ajena a valoraciones. Su cuestionamiento ampliará aún más la obligada ‘apertura’ del sistema jurídico. No se trata ya sólo de aprestarlo a asumir ulteriores aportaciones complementarias, exigidas por el desarrollo histórico del proceso de positivación del derecho; será preciso que asuma también la pre-historia hermenéutica de dicho proceso, fruto de la constatación de que lo que sabemos lo debemos no menos a nuestros prejuicios que a nuestros juicios, que no serían –en el mejor de los casos– sino prejuicios sometidos a consciente reflexión.

Ya Radbruch había sugerido que ningún juez “se encamina virgen, por así decir, a la decisión de un caso”. Se ha hecho imposible el viejo modelo que contemplaba una operación en dos tiempos. El juez habría de “reconstruir desde el pasado, movido

su corrección, promoviendo una actitud de aceptación indiscriminada fruto de un proceso de aprendizaje, del que espera frutos funcionalmente óptimos para una sociedad caracterizada por su ‘complejidad’ –A. KAUFMANN y W. HASSEMER, *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, Frankfurt/M., Athenäum, 1971, págs. 30 y 33. De la “Systemtheorie” nos hemos ocupado repetidamente; cfr., por ejemplo, los estudios incluidos en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 63-98.

33. Ello no evitará sus recelos ante la autoproclamada ‘teoría crítica’: la crítica debe destrozar el error, la comodidad, el correr tras una bandera, una palabra o un dogma; cuando Habermas afirma que en la energía de la autorreflexión conocimiento e interés son uno, desconoce la historicidad del ser humano –A. KAUFMANN, *Einleitung a Rechtstheorie. Aufsätze zu einem kritischen Rechtsverständnis*, Karlsruhe, Müller, 1971, págs. 3 y 4.

por una 'intención de verdad', un contenido de hecho para él plenamente desconocido"; con lo que elaboraría una "mediación de los hechos" antes de dar paso a una "aplicación del derecho", movida por una "intención de justicia"; y todo ello impermeabilizado respecto al entrecruce de opiniones políticas, sociales o religiosas.

No tiene mucho sentido seguir esperando que, como garantía de independencia, el juez se enfrente a un "contenido de hecho plenamente desconocido", mientras existan prensa, radio y televisión. Es obvio que aunque el juez no conozca el caso del que se va a ocupar sí conoce otros similares, lo que ya generará en él un pre-juicio. Es más "si el juez no partiera de ese conocimiento y de tal prejuicio no sería un juez adecuado; ya que si debe mediar el contenido de hecho, ¿cómo podrá hacerlo si no sabe de qué va el asunto? y ¿cómo podría emitir un juicio justo si no lo pudiera comparar con muchos otros casos? (¡principio de igualdad!)"³⁴.

La clave estará en que comprender un texto no es "arribar a una tierra del todo nueva, sino que es siempre un 'reconocer' algo ya conocido". La independencia judicial cobra así un sesgo inesperado: "no hay duda alguna, aunque parezca formulado sarcásticamente, de que el 'subjetivismo judicial' amenaza de modo especial al que sólo tiene en cuenta lo objetivamente dado, con lo que se le escapan los momentos subjetivos de la actividad juzgadora"³⁵.

El cuestionamiento del papel del 'sistema' en la dinámica jurídica irá así de la mano de una relativización del método como condición de la racionalidad del proceso. El problema no será ya si, como llegó a plantearse, el positivismo es lógicamente posible

34. "Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit", (cit. nt. 1), págs. 302, 298 y 301.

35. "Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit", (cit. nt. 1), págs. 302 y 305; en la separata que me envió el autor había corregido de su puño y letra la errata que convertía esa 'Urteilstätigkeit' en mera 'Urteilsfähigkeit'. También *Filosofía del derecho*, (cit. nt. 17), pág. 181.

sino si lo es hermenéuticamente³⁶. El positivismo no sólo identifica racionalidad y ciencia, sino que vincula ésta a una determinada metodología. Por el contrario, el desvelamiento de la dimensión hermenéutica de nuestro conocimiento no prescribe ningún método, ni es, “como frecuentemente se ha malentendido, una más entre otras metodologías específicas, orientada hacia una descripción teóricognoscitiva del acto de comprensión; se pregunta por las condiciones trascendentales de la misma posibilidad de comprender textos” y, en consecuencia, de “comprender el sentido de algo”³⁷.

Inevitablemente quedará, a la vez, de relieve en qué medida el punto de arranque del proceso interpretativo no es el método, sino una pre-comprensión que, mediante un esfuerzo fundamentador, llevará a la *elección del método*³⁸ oportuno. Supondría, en cualquier caso, “malentender groseramente la aportación de la hermenéutica, vislumbrar en esa reelaboración de la estructura prejudicial del comprender un cheque en blanco para la arbitrariedad o la manipulación de la determinación del derecho”. Contribuirá más bien a “hacerla transparente, al superar la seudoracionalidad de la metodología al uso, orientándola hacia una racionalidad efectiva”. Parece, pues, obligado aclarar que no “pueden decidir los jueces en la elección del método enteramente según su voluntad”, porque es obvio que diferentes métodos permitirán fundamentar

36. “Die ‘ipsa res iusta’”, (cit. nt. 31), pág. 36.

37. “Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik”, en *Europäische Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, München, 1982, t. I, pág. 540 (incluido luego en *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, (cit. nt. 11), págs. 89-99); también *Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), págs. 44 y 45.

38. Arquetípico al respecto J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt/M., Athenäum, 1970; no deja de ser significativa la triple cita de su segunda edición que encontramos en “Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit”, (cit. nt. 1), nt. 22, 32 y 41, en págs. 300, 303 y 306 respectivamente.

soluciones contradictorias, lo que podría acabar dando paso a una “determinación jurídica por el resultado”³⁹.

Esta inevitable elección del método resucita la entraña, no tanto lógica como analógica, del discurso jurídico. La analogía “no es una conclusión lógica, sino una comparación”, que en el “proceso de creación del derecho no es percibida conscientemente por el práctico la mayoría de las veces”. Su creatividad radica en que “la validez de una analogía depende, esencialmente, de la elección del punto de comparación”, y éste “se basa no tanto en un conocimiento racional sino, en buena parte, en una decisión y, por lo tanto, en un ejercicio de poder, lo que en la mayoría de los casos ocurre, incluso, sin que medie reflexión”⁴⁰.

Es obligado en consecuencia abandonar la pretensión de llegar a un conocimiento ‘objetivo’, al relativizarse “el esquema sujeto-objeto”. “La comprensión es siempre al mismo tiempo objetiva y subjetiva”, ya que el que aspira a comprender un sentido “se introduce en el horizonte de la comprensión y no reproduce de manera puramente pasiva en su conciencia lo comprendido, sino que lo conforma”⁴¹. Si ya había quedado de relieve que toda presunta aplicación de la norma encierra siempre su simultánea

39. “Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung”, en *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, (ed. K. Lackner y otros) Göttingen, Walter de Gruyter, 1973, págs. 19-20; incluido luego en *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, (cit. nt. 11), págs. 65-77 (hay traducción al español de Renato Rabbi-Baldi y María Elisa González Dorta: “Persona y Derecho” 1993 (29), págs. 11-31): “Las pre-comprensiones son lo humano en la determinación del derecho; ninguna técnica, por desarrollada que sea, las puede proporcionar”. Dado que “casi todo juez lo sabe, eso no sería tan malo si la anticipación del resultado fuera sometida a reflexión como hipótesis provisional”, en vez de verse enmarcada en un “pensar subsuntivo ontológico-substancial” –*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3) págs. 62-63 y 64.

40. La analogía “no es una conclusión lógica. Procede ‘en círculo’, porque es ‘a un mismo tiempo’, siempre, caso, norma y resultado, pues estos se condicionan mutuamente” –*Filosofía del derecho*, (cit. nt. 17), págs. 162 y 163; también 177.

41. *Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 45.

interpretación, se desvelará ahora cómo ésta arranca de una pre-comprensión que se anticipa a cualquier momento reflexivo. Tanto racionalismo como positivismo condenarían tal escenario, proscribiendo un círculo vicioso que nos abocaría a la irracionalidad.

Qué duda cabe que este apartarse de la vieja querrela entre iusnaturalismo y positivismo para acercarse a la hermenéutica “no significa facilitar al juez su tarea”. Por el contrario, “decir el derecho se hace más difícil, aunque también más humano. Tanto el derecho natural racionalista como el positivismo jurídico habían hecho del jurista, y por ende del juez, un funcionario. La hermenéutica jurídica le devuelve su personalidad”, situándolo con ello en una tesitura más comprometida. En la medida en que “la imagen del juez enteramente neutral, no predispuesto, completamente objetivo y despersonalizado, circula totalmente al margen de la realidad”, parecería que en esta búsqueda del sentido nos encontraremos más en manos de un cierto ‘sentimiento’ jurídico que de una actividad propiamente científica⁴².

No ocurre, sin embargo, en lo jurídico nada distinto que en cualquier otro proceso de conocimiento. En ninguno cabe “evitar el círculo: la referencia original de expresión y expresado, de lenguaje y cosa nombrada en el lenguaje”. Más que ante un vicioso círculo, nos hallamos, de la mano de Heidegger y Gadamer, ante “una condición trascendental del comprender. No cabe comprender la parte sin una pre-comprensión del todo; el todo, sin embargo, no es comprensible sin una captación de sus partes”⁴³.

42. “Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik”, (cit. nt. 11), pág. 88; incluso “habría que preguntarse si tan estilizado juez ha tenido alguna vez un sentimiento jurídico”. Por lo demás, hasta recurriendo a “un uso generoso de la palabra ‘racional’, sería difícil hablar de una ‘racionalidad del sentimiento jurídico’” –*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 63.

43. Ello le llevará a evocar a Radbruch –“la interpretación es el resultado de su resultado, el medio de interpretación será elegido después de que el resultado ha sido constatado”– o al “ir y venir de la mirada entre premisa

La alternativa ofrecida por la hermenéutica remitirá al enraizamiento del prejuicio en una tradición que no sería sino razón acumulada por decantación. Frente a una pretendida objetividad, denunciada como 'ideológica', la hermenéutica se nutre "del suelo común del mundo público que pisamos, de la asegurada permanencia de las intuiciones públicas de las que vivimos"⁴⁴.

La subjetividad del juez deja de ocultar su evidente protagonismo, dado que "la comprensión hermenéutica de un texto no es algo meramente receptivo", sino que "supone al mismo tiempo y ante todo una autocomprensión del mismo sujeto que lo comprende". No sólo "es inútil buscar una 'corrección objetiva' del derecho al margen del proceso de comprensión hermenéutica", sino que estará "destinado al fracaso todo intento de separar en las ciencias de la comprensión la racionalidad y la personalidad del que comprende". Pero, como ya se nos dijo, esta abolición del esquema sujeto-objeto en el conocimiento no significa ninguna vuelta hacia el subjetivismo, ya que el pensamiento hermenéutico no permanece prisionero de las eventualidades del momento sino que vive del 'legado' de la tradición; y "contra todos los racionalismos formalistas habría que repetir que entre una tradición así entendida y la razón no hay ninguna contradicción"⁴⁵.

La hermenéutica aspira así a "tratar lo irracional de la forma más racional posible"⁴⁶. La racionalidad del derecho dependerá

mayor y circunstancias de hecho" de Engisch -*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 82.

44. "Recht und Rationalität. Gedanken beim Wiederlesen der Schriften von Werner Maihofer", al que en esta ocasión cita -en *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag*, Frankfurt/M., Klostermann, 1988, pág. 39. "La hermenéutica, en lugar de aspirar a una objetividad demasiado ambiciosa y engañosa, se conforma con una honesta intersubjetividad" -*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), págs. 90-91.

45. *Theorie der Gerechtigkeit. Problemgeschichtliche Betrachtungen*, Frankfurt/M 1984 (citamos por la traducción española: "ACFS", 1985 (25), pág. 57; *Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), págs. 45-46; también págs. 90 y 294.

46. O mejor, citando a W. HASSEMER, a "dar cuenta de lo irracional racionalmente" -*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), págs. 48, 64 y 46.

en buena medida de la conciencia del papel de la subjetividad del juez⁴⁷, mientras que si –comenzando por él mismo– la ignoráramos, se arruinaría su independencia y nos veríamos condenados al juego de una irracionalidad incontrolada. Le servirá de ejemplo la carga valorativa de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre las sentadas pacifistas que bloqueaban la circulación. A sus magistrados “no cabe reprocharles” que partieran de una pre-comprensión; pero lo decisivo es “destaparla, reflexionar sobre ella, someterla a argumentación y estar dispuestos a corregirla”, y eso fue “lo que los jueces no hicieron”⁴⁸.

El horizonte en el que brota cualquier pregunta, fuente obligada de todo saber, es fruto de lo que inconscientemente ya sabemos, por nuestra situación en un contexto práctico existencial. Si todo saber arranca, lo sepa o no, de un momento interpretativo, ello ocurrirá aún más los saberes ‘clínicos’, que –rebosantes de dimensión práctica– no se limitan a reproducir receptivamente lo real sino que contribuyen a configurarlo en su proyección histórica. Todo invitaría, pues, a un abandono confiado en manos del juez, como el que suele generarse en la relación médico-enfermo hasta convertir, más de una vez, en mera liturgia los detallados protocolos que aspiran a garantizar el llamado consentimiento informado.

47. “El objetivismo degrada al juez al convertirlo en un autómatasubstivo a lo Montesquieu. Tenemos que abordar la personalidad de un juez que, junto a los conocimientos legales –que se dan por supuestos–, une en sí capacidad de juicio, experiencia vital y saber hacer” –“Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik”, (cit. nt. 37), pág. 539.

48. “Los motivos aducidos no son sino fundamentos aparentes”. El resultado se puede discutir, “pero no cabe duda razonable de que el método seguido por el Tribunal no cumple los requisitos científicos” –*Das Verfahren der Rechtsgewinnung*, (cit. nt. 2), págs. 33 y 34. “El juez que piensa que obtiene la decisión ‘sólo de la ley’ y no también de su persona, con sus características peculiares, incurre en un error ciertamente funesto, pues acabará siendo, inconscientemente, dependiente de sí mismo” –*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), págs. 46; también 58 y 59.

Como ocurre con la praxis médica, la tarea de ‘hacer’ justicia no consistirá en aplicarla (como no se ‘aplica’ la salud), sino en contribuir a generarla. Pretender lograrlo mediante puras intuiciones arbitrarias sería condenarse al curanderismo. Habrá que confiar en que ese saber práctico, acumulado mediante la intersubjetividad diacrónica de la tradición, alimentará las más fecundas pre-comprensiones. Estas, sin embargo, habrán de verse sometidas a un control reflexivo, momento en el que la norma y su elaboración sistemática volverán a entrar decisivamente en juego; aparte de haber sido también, de modo más o menos indirecto, uno de los ingredientes básicos del momento pre-reflexivo. La ‘doctrina’ forma parte de toda experiencia clínica que aspire a una exigible calidad, antes de acabar alimentándose de la reflexión circular (o ‘espiral’)⁴⁹ a que el pre-juicio, que ella misma contribuyó a germinar, se verá sometido. Al fin y al cabo “el sentimiento jurídico es el arte de tener pre-comprensiones correctas”⁵⁰.

La pre-compensación llevará, pues, de la mano a la argumentación jurídica, pero situándola en un marco de referencia que cuestionará –sobre todo en el ámbito jurídicopenal– su consideración como mero “caso especial” del discurso racional. Sólo quien, intentando captar el sentido jurídico del caso, se introduce “con toda la tradición que lleva consigo en el horizonte de la

49. “El camino desde la legislación hasta la decisión jurídica indica una vía de concretización, de positivación, de devenir histórico del derecho”; ello implica “un camino en forma de espiral”, en el que deber ser y ser son puestos en correspondencia recíproca haciéndose “idénticos en cuanto al sentido”, que “se encuentra en ambos”. Nunca perderá ocasión de recordar que “la acertada expresión espiral hermenéutica fue introducida por Winfried Hassemer” –*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), págs. 148-149 y 46.

50. Por eso “la jurisprudencia es, a semejanza de la medicina, en gran medida un arte” –*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 64.

comprensión, podrá fundamentar argumentadamente lo que como resultado 'provisional' ya había anticipado"⁵¹.

Todo ello descargará sobre el juez una inevitable responsabilidad, política a fuer de ética. "La reflexión ha de incluir a la persona del que juzga; el juez debe por así decir situarse a sí mismo bajo sospecha de ideología. Un juez puede juzgar de modo más objetivo e independiente cuanto más consciente sea de sus prejuicios y de sus dependencias, y más se esfuerce por llegar a un consenso intersubjetivo". Sería ingenuo pretender que cada juez lleve incorporado un sicoterapeuta. Por eso, sin perjuicio de contar con la ayuda de mecanismos institucionales –como la existencia de tribunales colegiados o la publicidad de votos particulares que transparenten el debate–, el problema seguirá existiendo. Ha perdido sentido la imagen del juez "sometido sólo al imperio de la ley" y se ha visto sustituido por una indisimulable personalidad juzgadora. La independencia judicial ha dejado de ser un estado, que quepa constatar, para convertirse en una meta a la que acercarse más y más⁵².

Por más vueltas que se le pretenda dar, parecerá que nos veríamos abocados a aguardar el resultado satisfactorio de una saludable exhortación ética, abandonándonos confiadamente en el estamento judicial. ¿Qué ocurrirá cuando su obligado condicionamiento prejudicial se le convierta en abierto conflicto de con-

51. Aunque "la hermenéutica no es teoría de la argumentación, la exige", pero "la teoría de la argumentación no comparte la supresión hermenéutica del esquema sujeto-objeto, sino que insiste en la objetividad" –"Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit", *ARSP*, 1986 (72), págs. 435-437; y *Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), págs. 46 y 48. En su lección de despedida señalará cómo del principio de razón surgen los tres pilares del discurso práctico normativo, encabezado por el principio de argumentación, al que siguen el de consenso o convergencia y el de falibilidad –*Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit. Abschiedsvorlesung*, Heidelberg, Decker & Müller, 1992 (2ª), pág. 33; (hay traducción al español de Luis Villar Borda, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992).

52. "Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit", (cit. nt. 1), págs. 306 y 307.

ciencia? En diálogo con Karl Peters, suscribiré que en tal caso el juez debería apartarse del proceso, precisamente porque “no es un subsumidor automatizado sino un responsable co-conformador del derecho”. Su función, actuando en conciencia, no podrá ser operar una rectificación de la ley sino colaborar a su cumplimiento, practicando la “obediencia pensante” de que hablaba Heck; para eso ha de estar en condiciones de suscribir conscientemente la ley.

La exigencia ética que pesa sobre el juez se acentúa. Si “en una sociedad pluralista son mandatos supremos para el legislador las virtudes de la medida y la tolerancia”, sólo podrá a la vez darse una verdadera independencia judicial, “cuando el juez suscribe la ley con una íntima convicción y la puede llevar a su cumplimiento con una responsable decisión en conciencia”⁵³. Queda, pues, cada vez más claro lo que de él se espera; pero no tanto con qué resortes puede contar el ciudadano para no verse defraudado.

En todo caso, la circularidad hermenéutica ha convertido al saber jurídico, tras siglos de mendigar el reconocimiento de una problemática condición ‘científica’, en exponente de las raíces de cualquier saber⁵⁴ y en arquetipo de saber práctico por excelencia. Tradición, pre-comprensión y remisión reflexiva al sistema componen un escenario fácil de situar en paralelo al juego del paradigma dominante, propio de la ‘ciencia normal’⁵⁵: la posible

53. “Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit”, (cit. nt. 1), pág. 308.

54. “El círculo no es simplemente el evitable producto de un pensamiento deficiente, sino que pertenece a la naturaleza de nuestro pensar” –“Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung”, (cit. nt. 39), pág. 15.

55. Por utilizar la conocida expresión de T. S. KUHN, en *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo Cultura Económica, 1971. Aunque A. KAUFMANN no lo cite expresamente en su obra conclusiva, no deja de aludir a uno de los ejemplos con que ilustra su propuesta: la comprensión del electrón como corpúsculo o como onda –*Die Parallelwertung in der Laiensphäre. Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemein Verbrechenslehre*,

irrupción de una nueva hipótesis revolucionaria y su posterior consolidación como nuevo paradigma de normalidad; no es fácil encontrar tampoco esquema más realistamente aplicable al saber jurídico.

El sistema jurídico se abre así, no sólo a la complementaria aportación posterior de unos subsidiarios principios generales del derecho, sino a estas reciclables aportaciones previas que emergen en el arranque mismo del proceso de positivación. Ello no implica que la *subsunción* no desempeñe ya papel alguno, pero lo que sí cambiará será su alcance y su emplazamiento. Como vimos, su tópico planteamiento unía una objetiva "comprobación de los hechos" realizada "con 'intención' de verdad" y una "aplicación del derecho" temporalmente posterior y realizada con "intención de justicia". Al añadir a ello "la idea de la fungibilidad del juez, en el sentido de que todo juez, en cada proceso, obtiene el mismo resultado que cualquier otro", se alcanzaría un grado óptimo de seguridad jurídica. En realidad, sin una oportuna pre-comprensión no se accede nunca a los problemas jurídicos relevantes. En consecuencia, la subsunción dejará de aparecer como punto central del proceso, para convertirse en su piedra de toque final como "control de pensamiento conclusivo, sobre si el proceso se ha acometido correctamente para poder subsumir"⁵⁶.

La fecundidad de la dimensión interpretativa del lenguaje legal confluirá con la historicidad del derecho. "La realización del derecho es un acto conformador, en el que norma y caso se encuentran bajo la ley de la historicidad. La ley, desplegada hermenéuticamente, es distinta de lo que era; también el caso, en cuanto

München, Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1982, pág. 23. De Kuhn nos hemos ocupado en *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Congreso Diputados, págs. 118-127.

56. Frente a críticos más radicales defenderá, no obstante, que "el modelo de la subsunción no se ha vuelto obsoleto", aunque "el método jurídico no se agota, en lo más mínimo, en una subsunción del caso bajo la ley" —*Filosofía del derecho*, (cit. nt. 17), págs. 180, 183, 187 y 176.

juzgado jurídicamente, cobra una nueva dimensión”. Un mismo texto legal irá cambiando de sentido jurídico. Más que atribuir al texto legal dotes adivinatorias, habrá que reconocer que el papel creativo del juez es ineliminable. “Eso que crece en la ley, por medio de su continua interpretación (en razón de su adaptación sin fin a las nuevas circunstancias) no proviene del legislador, sino del cerebro de los intérpretes”. Sólo así cabe entender que “la ley es más inteligente que el legislador”⁵⁷.

Con ello el relativismo volverá a entrar en discusión. Una dimensión meramente ‘historicista’ de la tradición daría paso a una hermenéutica de la destrucción, de envidiable dimensión crítica pero nula capacidad constructiva. El juez, inserto en el mundo de su particular tradición –que no reflejará necesariamente la de la mayoría de sus conciudadanos– se habría convertido en pieza clave, arruinando las expectativas de seguridad suscitadas por la norma legal. Pero cabe también reconocer en la tradición una dimensión ontológica, como escenario histórico del desvelamiento de lo real.

La mera primacía del momento judicial, desvinculado de cualquier contexto ontológico, nos llevaría a echarnos en brazos del juez ‘hercúleo’, presto a establecer por sí y ante sí la teoría de la justicia alimentadora de la realidad jurídica. La alternativa –aunque ya se hable menos de la ‘naturaleza de la cosa’, casi archivada en el museo de las fórmulas coyunturales– sería la posibilidad de dialogar con un contexto real capaz de alumbrar una ‘*res iusta*’. La “Natur der Sache”, en efecto, le parece ya sólo uno de los intentos de la posguerra “de superar la situación de miseria jurídica heredada del nacional-socialismo, o sea, de afrontar la arbitrariedad en el pensamiento jurídico”; pero enfatizará su sintonía con la versión de Radbruch, que “la entiende sólo en el sentido neokantiano como una ‘forma mental’ mediante la cual

57. “Die Geschichtlichkeit des Rechts unter rechtstheoretisch-methodologischem Aspekt”, *ARSP*, Supplementum II, 1988, pág. 115. *Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 236.

puede distender el 'dualismo metódico' de ser y deber ser", y no tanto con la de Maihofer, que "provinendo de la filosofía de la existencia de Martin Heidegger" la considera "una genuina fuente del derecho en el sentido de un 'derecho natural concreto'"⁵⁸.

El problema surgirá a la hora de explicitar esa posible objetividad ontológica, dado que la inevitable afinidad de 'objeto' y 'cosa' parece amenazar con un planteamiento cosificador del derecho. Es esa cosificación la que estaba en juego cuando se resalta cómo la hermenéutica existencial pone en cuestión la relación sujeto-objeto típica del positivismo. "Todo proceso ha de tener un objeto, que en el ámbito de lo normativo no sería una substancia, y que no se identifica con el proceso (por más que todo jurista recurra al término 'objeto del proceso')". La relación entre *proceso* y *objeto*, entre *cómo* y *qué*, evoca el dilema iusnaturalismo-positivismo. "El positivismo lo aclara todo desde el cómo, desde la forma (los contenidos son para él equivalentes), el iusnaturalismo por el contrario lo aclara todo desde el qué". En cualquier caso, "ese objeto procesal no se da ya terminado antes del proceso, sino que sólo en él adquiere sus contornos precisos"⁵⁹. En la medida en que el rechazo de la cosificación invita a una ruptura con categorías de la metafísica clásica como la de 'substancia', se regresa a la querrela del relativismo, pero ahora no en términos gnoseológicos sino ontológicos.

Kaufmann, considera ahora obligado ir, por estimarlo insuficiente, más allá de su enfoque inicial, que enfatizaba la distinción

58. *Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), págs. 35-36. No faltará siquiera un cierto tono exculpatorio cuando, tras "anotar que ya desde hace tiempo no es posible hablar de una plausibilidad de la idea de la 'naturaleza de la cosa'", sugiere: "yo he escrito 'naturaleza de la cosa', con todo, siempre entre comillas, es decir, en un metalenguaje distanciado". Apuntará también, por ejemplo, que no cabe recurrir a ella a la hora de buscar un "fundamento de la bioética" —*ibidem*, págs. 80 y 314.

59. "Precede, por otra parte, al proceso como un suceso histórico con carácter de relación jurídica" —"Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie", (cit. nt. 16), pág. 160 y *Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 291.

entre esencia y existencia. Se planteará si la correspondencia entre norma y caso ha de entenderse como “un discurso ‘*in re*’ y ‘*essentialiter*’, o si sólo tiene fundamento ‘*in mente*’ o quizá sólo ‘*per accidens*’; en resumen, si ‘derecho’ es un mero nombre que atribuimos a esa relación, un modo de hablar relacional bajo el que no habría un correspondiente contenido de hecho”. Más que intentar probar o falsar tal nominalismo, considera dudoso que resulte prácticamente viable.

Concluirá, en cualquier caso, que el derecho no sería un mero elemento funcional ‘*more sistémico*’, sino que nos situaría ante una “ontología relacional”, aunque no substancial. Ello implicará admitir una “identidad ‘*seinsmässige*’ y no caprichosamente manipulable”, una “realidad que se da a la vez dentro y fuera del proceso de realización del derecho, caracterizándolo como procedimiento ‘*jurídico*’”⁶⁰; todo lo cual puede resultar un tanto misterioso para el jurista, poco avezado en metafísicas.

Esta dimensión relacional propia del derecho se muestra particularmente útil para esquivar su cosificación, a la vez que cualquier otro punto de vista que nos lo muestre como objeto ya dado (puesto o positivo) de una vez por todas. “A lo largo de muchos siglos se ha contemplado el ‘derecho correcto’, la justicia, como algo objetivo, una materia, que se encuentra substancialmente frente a la conciencia que conoce”. Pero el “concepto ontológico-substancial no es de ninguna manera exclusivo del derecho natural; el positivismo jurídico está también íntimamente ligado a él. Pues, para éste, el derecho positivo es idéntico a la ley positiva establecida, entendida como algo completamente objetivo, que el aplicador del derecho deja intacto”⁶¹.

60. “Die Geschichtlichkeit des Rechts unter rechtstheoretisch-methodologischem Aspekt”, (cit. nt. 57), págs. 115 a 117; el derecho “no está ‘en las cosas’”, “se funda en las relaciones de los hombres entre sí y con las cosas” –*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 46.

61. “Este principio ontológico-substancial es erróneo”, como pondría de relieve la hermenéutica –*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 266.

Frente al viejo tópico legalista del 'Derecho objetivo' como norma, contrapuesto al subjetivo como facultad, rechazará la posibilidad del conocimiento de un objeto jurídico rigurosamente separado del sujeto, capaz de marginar toda influencia de la subjetividad judicial. Jugando con las palabras, ese derecho, que es más que ley, no será un 'Bestand' (dato) –reconducible a parágrafos– ni un 'Zustand' (estado) que quepa identificar con la naturaleza⁶².

La relación, abierta por definición, nos desvela que el proceso de positivación es inseparable de una delimitación ponderadora de los derechos y bienes en juego, como la propia jurisprudencia constitucional ilustrará elocuentemente⁶³. Esta apelación a lo relacional resulta, en efecto, decisiva como sustrato antropológico de la simetría jurídica, pero no es tan claro el alcance efectivo de ese veto a lo substancial, justificado por considerarse fatalistamente que de su admisión derivaría una inevitable consecuencia cosificadora. No faltarán supuestos en los que ocurra más bien lo contrario: puede acabar tratándose como cosa precisamente a aquello a lo que se negó substancia; como ocurriría llevando a sus últimas consecuencias una dimensión meramente "relacional" del derecho a la vida.

Kaufmann insistirá en que el "derecho como correspondencia entre deber ser y ser" no es "algo substancial sino relacional". Reordenará cómo históricamente "el derecho es mucho más antiguo que lo que hoy se denomina 'ley'", apelando a la experiencia romana y también a cómo "Tomás de Aquino distingue tajante-

62. *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, (cit. nt. 51), págs. 25 y 26.

63. En la española, por ejemplo, se nos recordará, a propósito del mutuo juego entre los derechos de los artículos 18 y 20 CE, que su "ponderación no constituye una labor hermenéutica sustancialmente distinta de la que determina el contenido de cada uno de los derechos en presencia y los límites externos que se derivan de su interacción recíproca" –STC 219/1992, de 3 de diciembre, F.2 ("BJC", 1992 (140), pág. 263). Al respecto nuestro trabajo "La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal", *La Ley*, 11.XII.1998 (XIX-4691), págs. 1-4.

mente entre 'lex' y 'ius'". Considera, como éste, que el 'ius' no es norma sino, "más bien, el mismo actuar correcto, la decisión correcta en una situación concreta. Derecho no es norma sino actividad, una 'actio iustitiae'", o incluso "la cosa justa misma ('ipsa res iusta')". Parece, sin embargo, encontrar progresivamente mayor dificultad para hacer compatible tal carácter relacional con una dimensión substancial del derecho⁶⁴.

Su referencia a "die gerechte Sache Recht" hace aún recordar —en momentos en que parece mostrarse ya menos propicio a tal terminología— a la "Sache Recht" a la que aludirá Hruschka⁶⁵, como realidad extrapositiva aunque no como una irreconocible "Dinge-an-sich"; tampoco —apostillará Kaufmann— como "Recht an sich"⁶⁶. De ahí su afán por encontrar una vez más esa vía media, tan problemática como todas las suyas, entre la ontología substancial y el mero procedimentalismo: no hay objetividad jurídica ajena a la búsqueda procedimental, pero el proceso ha de versar siempre sobre algo, que caracterizará como "tema" para no llamarlo objeto. Al final, más que aceptar una luhmaniana legiti-

64. *Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), págs. 137 y 140. No deja de resultar llamativo que no cite, ni en éste ni en otros pasajes de su obra conclusiva, su propio trabajo *Die 'ipsa res iusta'*, (cit. nt. 31).

65. Quizá me inclina a pensar así la grata entrevista con Joachim HRUSCHKA, que en el lejano 1971 Kaufmann por propia iniciativa personalmente me facilitara, lo que me permitió entonces trabajar sobre el manuscrito de su aún inédito *Das Verstehen von Rechtstexten. Zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1972; sobre todo, págs. 55 y 67. El mismo A. KAUFMANN, lo citará, entre algunos de sus escritos, en *Die 'ipsa res iusta'*, (cit. nt. 31), pág. 38, y no dejará de aludir en otros a una "'Sache Recht' (no entendida en sentido substancial)" —"Die Geschichtlichkeit des Rechts unter rechtstheoretisch-methodologischem Aspekt", (cit. nt. 57), pág. 118.

66. "Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik", (cit. nt. 37), pág. 547.

mación por el procedimiento, habrá que lograr en el procedimiento una fundamentación consistente: “sachlich”⁶⁷.

Kaufmann ilustrará reiteradamente esta propuesta ontológica con una referencia a la persona como “ser relacional”: el “fenómeno que sirve de punto conexión a objeto y relación, estática y dinámica”⁶⁸. Estoy como ‘ser parlante’ referido a los otros, cuyo peculiar mundo incide en mi propio horizonte de comprensión; todo lo cual no da paso a objeto alguno sino que genera un “ámbito socio-espiritual que coopera en la constitución de mi propio ser personal”. El posible alcance de la des-subtancialización propuesta no estará ayuno de consecuencias, afectando para empezar al planteamiento del llamado ‘contenido esencial’ de los derechos fundamentales, que no podrá entenderse en perspectiva substancial, como si constaran de “una parte suprahistórica intangible” y otra de signo distinto⁶⁹.

Todo ello se acentúa en sus escritos finales, de resignado acento post-iusnaturalista⁷⁰. Podría acabar entendiéndose, no sólo que somos personas en la medida en que nos relacionamos con los demás, sino que nuestra misma condición de tal dependería

67. *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, (cit. nt. 51), pág. 26; también pág. 32.

68. “En la persona se realiza en concreto la relacionalidad, la unidad estructural de relatio y relata” –“Die Geschichtlichkeit des Rechts unter rechtstheoretisch-methodologischem Aspekt”, (cit. nt. 57), pág. 118; *Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 293.

69. “Über den ‘Wesengehalt’ der Grund- und Menschenrechte”, *ARSP*, 1984 (70), págs. 393 y 386; también 390-392 (hay traducción española de J. A. Seoane de un texto retocado por el propio autor: *Persona y Derecho*, 1998 (38), págs. 11-34); también *Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 183.

70. “Otro lugar común es que nosotros hoy no podemos ya confiar en un derecho natural en sentido clásico”, como el que habría surgido “en sociedades estructuradas de modo simple, en sociedades cerradas”. “No tenemos ya una ley –una ‘ley natural’– en la que podamos leer de qué manera hemos de comportarnos en todos los casos pensables. La sociedad moderna es compleja en alto grado y por ello sólo puede funcionar como sociedad abierta” –*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 306.

del reconocimiento de los otros, en vez de exigirlo. Al no llegar a afrontar del todo las implicaciones de esta conclusión, se incrementará su aparente indecisión ante los emergentes problemas bioéticos, que considera arquetípicos de una 'sociedad de riesgo'.

Repensada la crítica teórico-jurídica en el marco filosófico de la hermenéutica existencial, sigue, en todo caso, quedando de manifiesto el notable protagonismo del juez en el proceso de positivación del derecho. Resultado inevitable sería tomar conciencia de su peculiar responsabilidad ética y política. Ante ello cabe tanto la actitud confiada de un judicialismo asumido, con más o menos resignación, como la zozobra de quien constata que la seguridad jurídica tendría más de sugestión acrítica que de efectividad real.

III. UN JUEZ DESCARGADO DE RIESGOS: TOLERANCIA Y "ESPACIO LIBRE DE DERECHO"

La alergia a una ontología cosificadora dejará también su huella en la teoría del conocimiento. El planteamiento hermenéutico mantiene una medida distancia a la hora de manifestar su confianza en el ser. Kaufmann descarta cualquier planteamiento de la verdad como "*adaequatio*", para optar por una teoría de la convergencia⁷¹, que va más allá de un consenso fáctico.

A esta convergencia habría, se supone, que remitirse a la hora de intentar desentrañar la posible aportación racional de la tradición. Una fácil solución –que implicaría un exceso...– sería consi-

71. "El criterio adecuado para la verdad o corrección de un enunciado no es, pues, la existencia de un consenso sino la circunstancia de que muchos sujetos independientes entre sí alcancen con relación al mismo asunto conocimientos convergentes objetivos. El fundamento de esta que yo llamo teoría convergente de la verdad se encuentra en la consideración de que el momento subjetivo en cada conocimiento procede de una fuente distinta, mientras el momento objetivo, por el contrario, procede del mismo ente" –*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 284.

derar como “representativa” la conciencia del propio juez, dando por hecho que éste puede sustituir con facilidad la suya individual por la del legislador o la plasmada en la doctrina jurisprudencial. Al no asumir este punto de apoyo, Kaufmann depositará su confianza en el sentir común del ciudadano medio, mientras muestra cierto despego respecto a las referencias doctrinales a una ‘opinión dominante’.

Aunque ésta “suena un tanto a consenso y convergencia”, no se llega a ella “mediante un cómputo de opiniones, máxime cuando el principio democrático de la mayoría no rige con certeza para las decisiones judiciales. Para que la opinión dominante sea un argumento manejable tiene que acreditarse cualitativamente, lo que implica, sobre todo, tomar también en serio a la minoría, cuanto más si posiblemente tiene razón. Pero para los Tribunales (en su mayoría) la ‘opinión dominante’ es simplemente un hecho que toman de la literatura especializada. A quien, como teórico de la ciencia, se planteara que una máxima tal –‘tiene razón la opinión dominante’– pudiera universalizarse, se le pondrían los pelos de punta”⁷².

Esta deriva acabará alejando su atención de la teoría del derecho, ya abundantemente trabajada, para ahondar en problemas radicales de la ética y en la posible proyección de estas exigencias sobre el ámbito de lo público. Un aspecto más en el que su obra se convierte en testimonio de una querencia bastante generalizada entre quienes reflexionan sobre el derecho. El resultado no dejará de repercutir también sobre el papel reconocido al juez.

El legalismo predominante invita a afrontar los casos límite recurriendo a cambios normativos. Cada vez que surge un nuevo problema social, se abre un nuevo posible ámbito de acción, se

72. *Das Gewissen und das Problem der Rechtsgeltung*, Heidelberg, Müller, 1990, pág. 23; *Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 61, en la que añadirá: “la expresión ‘opinión dominante’ permite entrever involuntariamente la calidad de los métodos jurídicos en juego: gira en torno a ‘opiniones’, sólo a opiniones, no a conocimientos”.

hace menos soportable el peso de un viejo problema o la restricción de una novedosa posibilidad, el ciudadano demanda al legislador alguna reforma, para sentirse así atendido. Dentro del juego todo/nada propio del normativismo, se optará así con facilidad por una despenalización que generalice la excepción, aun a riesgo de olvidar la *virtualidad normalizadora* de conductas que toda norma general lleva consigo. El reconocimiento del papel de los principios y de la dimensión histórica del proceso de positividad invitaría, por el contrario, a un juego norma-excepción, que, conservando inalterada la instancia normalizadora, atribuiría al juez la apreciación de las circunstancias más extremas.

Kaufmann, que no en vano fue juez de lo penal, se muestra particularmente sensible respecto a la responsabilidad que con ello asume el juez; por no decir a la que irresponsablemente dejaría de asumir por falta de consciencia del alcance de su labor. El juego antes apuntado, entre el 'mundo' engendrado por el lenguaje y el específicamente derivado del lenguaje jurídico, cobra ahora una dimensión ética, al abordar la existencia de una "valoración en paralelo" a la del juez desde el ámbito 'profano', categoría en la que habría que incluir al posible imputado.

"El significado de una conducta humana no puede captarse si la situación que le sirve de contexto resulta inadvertida", lo que debería evitarse en el proceso interpretativo. En realidad, la presunta subsunción del caso no se produciría tanto bajo la norma sino en relación con las expectativas de quienes interaccionan dentro del sistema simbólico abierto por el lenguaje. Nos encontramos dentro de un proceso comunicativo entre "el mundo de la realidad cotidiana y el mundo de las normas jurídicas". La imputación implicará, en consecuencia, un diálogo entre juez y acusado, en el que ha de lograrse una "correspondencia de horizontes interpretativos": "a la 'valoración en paralelo del profano' ha de salir al encuentro una 'valoración en paralelo del juez'", hasta llegar a generar una "culpa dialogada". El juez habría de desdoblarse en "juez profano" capaz de comprender al autor de los

hechos. En resumen, “la valoración en paralelo, por así decir, o se consume en el juez o no tendrá lugar”⁷³.

Esta sobrecarga de la responsabilidad judicial no resultará irrelevante, en el marco del predominio de preocupaciones éticas que caracteriza a sus últimos escritos alimentará su decidida opción por lo que llama principio de la tolerancia. No en vano la considerará “una de las virtudes más importantes para la humana convivencia en tiempos como los nuestros en los que, como consecuencia de la elevada complejidad de las estructuras sociales, económicas y jurídicas, no cabe con frecuencia establecer por adelantado qué sea lo correcto, bueno y justo, lo que aboca a arriesgar en la decisión”⁷⁴.

Tal planteamiento, que aparece muy vinculado a una revisión de su actitud hacia el relativismo⁷⁵, arranca de una convicción de antiguo arraigo en la filosofía práctica. Lejos de la confianza en la deducción sistemática para encontrar la aportación positiva capaz de resolver con justicia el problema de turno, resaltará la primacía de la detección de lo injusto. De ahí que postule un “utilitarismo negativo”, plasmado en un peculiar imperativo: “obra de manera tal que las consecuencias de tu acción sean compatibles con la mayor eliminación o disminución de humana miseria posible”⁷⁶.

73. *Die Parallelwertung in der Laiensphäre*, (cit. nt. 55), págs. 23, 24 y 29; 37, 38 y 40.

74. “Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie”, (cit. nt. 16), pág. 153; *Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 297.

75. “No debo silenciar que también yo en cierto momento he defendido un punto de vista objetivista, que abandoné hace mucho”, remitiendo a sus (cit. nt. 12), *Gedanken zur Überwindung des rechtsphilosophischen Relativismus – Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), nt. 30 de la pág. 48. Ahora apunta que “no se debe considerar al relativismo como negativo por definición, como sucede frecuentemente, pues es por el contrario fundamento de la tolerancia y la democracia. En todo caso es preciso defendernos de un relativismo absoluto”, planteando “una restricción llena de sentido” basada en los derechos humanos y los principios jurídicos. –*Ibidem*, pág. 181.

76. *Negativer Utilitarismus. Ein Versuch über das bonum commune*, München, Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1994, pág. 24. Lo

Tal actitud recuerda la bien conocida mayor nitidez que cobran los preceptos 'negativos' a la hora de diseñar un código ético. Esta primacía nos llevaría de nuevo a un mayor protagonismo del juez, cuya cercanía a la realidad social le brindaría un privilegiado observatorio para tomar conciencia de lo injusto. Sin embargo, como veremos, acabará optando paradójicamente por descargarle de dicha responsabilidad.

Su opción por el "principio de tolerancia" resalta un problema básico de la proyección pública de las exigencias éticas, que cabría centrar en el adecuado alcance de una respuesta nada polémica: el derecho sólo debe proyectar y consolidar el *mínimo ético* que se considera necesario para garantizar una convivencia realmente humana. El problema podría ilustrarse sugiriendo como tal fórmula admite dos versiones. No sería lo mismo referirse a contenidos incluibles en *lo éticamente mínimo*, sin los que sería del todo imposible convivir, que a *lo mínimamente ético*, estratégicamente situado en las antípodas de cualquier maximalismo heroico.

Lo éticamente mínimo vendría marcado por unos contenidos, vinculados a conceptos clásicos como *bien común* o modernos como *orden público*, sin cuya garantía efectiva la vida social quedaría bajo mínimos. Este es, por ejemplo, el papel atribuido en los diversos documentos internacionales o constitucionales a los derechos humanos, cuyo alcance vendrá también inevitablemente definido por el horizonte interpretativo vigente.

Pese a dar por supuesto el respeto a tales derechos, su peculiar planteamiento del derecho como *mínimo ético* responde más bien a un derecho identificado con una *ética mínima*, que es algo bien

considerará "más practicable (y éticamente defendible)" que el positivo, apelando a Ilmar Tammelo, de quien lo toma prestado, y a la fórmula de la "anti-juridicidad legal" de Radbruch, que considera un beneficioso "ejemplo de 'jurisprudencia negativa'" -*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), págs. 150, 176 y 178.

distinto⁷⁷. Rechaza que quepa relacionar “derecho y moral como dos círculos concéntricos, del que el derecho sería el más pequeño”. En vez de considerar que sus exigencias derivan de los bienes o valores objetivamente en juego, prefiere vincularlas a la capacidad subjetiva de los ciudadanos de asumirlas con cierto desahogo. Se nos dirá por ello que “el derecho penal se tiene que restringir, en la medida de lo factible, al ámbito de la ‘moralidad sencilla y elemental’ que expresa lo humano en general: no debes matar, no debes herir, ni robar, ni engañar, ni ejercer violencia... Sólo tales normas pueden aspirar realmente a ser aceptadas por la conciencia de cualquiera”⁷⁸.

Es cierto que el derecho “no tiene que ver con el complejo total de los valores morales, sino sólo con uno: la justicia, que no representa el más alto fundamento valorativo sino más bien el más básico, y por consiguiente también el más elemental y significativo para la convivencia humana”. En efecto, no toda exigencia ética afecta al bien común⁷⁹ ni puede considerarse como imperativo de orden público. Lo que no parece tan claro es

77. Lejana ya su obra más temprana en la que señalara que tal ‘mínimo ético’ no podría entenderse “como si los preceptos jurídicos constituyeran desde el punto de vista del contenido el minimum de lo ético”; al consistir su objetivo en “la preservación de la libertad externa”, “el derecho no sería otra cosa que la posibilidad de la moral”, hasta merecer desde tal perspectiva ser considerado como el “maximum ético” –*Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts. Zugleich ein Leitfadens durch die moderne Schuldlehre*, Mainz 1949, (reimpresión de Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1985, por la que citamos), pág. 86.

78. *Das Gewissen und das Problem der Rechtsgeltung*, (cit. nt. 72), págs. 21-22; “el derecho, que tiene que dirigir sus exigencias a todos, sólo puede reclamar lo que por parte de todos, también del hombre medio, pueda ser aceptado y cumplido de la manera más uniforme posible” –*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), págs. 206-207; también págs. 216-217.

79. Este es uno de los conceptos cuyos perfiles más se echan en falta en la obra de A. KAUFMANN, que tiende a aludirlo de modo impreciso: “la preocupación por la justicia social, por el ‘*bonum commune*’, es una tarea genuina de la filosofía del derecho” –*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 306; cfr. también págs. 221, 225 y 322.

que toda exigencia de justicia encierre por definición “acciones morales sencillas”, si al esfuerzo que puedan requerir nos referimos. Aun se complica más la cuestión si cabe negar carácter de “moralidad sencilla y elemental” a determinadas exigencias por el sólo hecho de verse sometidas a discusión “en un tiempo como el nuestro, en el que la inseguridad en el ámbito ético se hace perceptible”⁸⁰. La determinación del contenido del bien común, o de las exigencias éticas consideradas de orden público, implica en efecto una indeclinable responsabilidad prudencial, que han de asumir tanto el legislador al diseñar la norma como el juez al interpretarla. Hacer gravitar la dificultad de este empeño sobre su propio resultado condena a una circularidad autodestructora.

No es necesario insistir demasiado en que pretender que lo éticamente mínimo y lo mínimamente ético estén llamados a coincidir pacíficamente requiere una confianza poco fundada. Pensar que todo ciudadano se halla en condiciones de asumir sin mayor esfuerzo lo éticamente mínimo puede encubrir un diagnóstico demasiado benévolo, que podría tener como inevitable final dar paso a lo mínimamente ético y considerar a lo anterior como un desfasado intento moralizante. Es obvio que el mayor o menor nivel de exigencia ética de una sociedad acabará así repercutiendo en que pueda considerarse que unas u otras propuestas entren o no en el ámbito de *lo exigible*, sobre todo a efectos penales.

Kaufmann parece suscribir en este aspecto un optimismo excesivo. Sus expectativas sobre la capacidad de autoexigencia individual parecen desmedidas. Citando a Solón, establecerá que “el derecho guarda proporciones y no exige demasiado al individuo”⁸¹. Si con ello propone que el derecho no plantee imperativos éticos desproporcionados, sería difícil discrepar; si pretende convencernos de que los ciudadanos no se considerarán exigidos

80. *Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 218.

81. *Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 149.

en demasía por algún que otro imperativo proporcionado, la coincidencia será bastante problemática. Aquí cobraría fuerza la crítica que, sin salir de Alemania, se ha dirigido contra el papel positivo que la hermenéutica existencial reconoce a la tradición y a su virtualidad históricamente comprobada de legitimar prácticas rechazables.

Cuando se piensa que a éstas “les basta para acreditarse el venir sustentadas por la solidez de una tradición”, tal “convicción responde a una especie de íntima confianza antropológica”, por la que nos abandonamos a una “profunda capa de solidaridad en el trato de los hombres entre sí”. Pero si admitimos sin más que “‘tradición’ significa que proseguimos aproblemáticamente algo que otros han iniciado y hecho antes que nosotros”, habría que reconocer que “ese asesinato de masas fríamente calculado, en el que estuvieron implicados cientos de miles, e indirectamente todo un pueblo, se efectuó bajo una apariencia de normalidad e incluso dependió de la normalidad de un tráfico social altamente civilizado. Lo monstruoso sucedió sin perturbar el tranquilo aliento de la vida cotidiana”⁸².

Si cualquier ciudadano se viera obligado a presenciar cómo un ser querido es torturado hasta la muerte, resultaría un tanto utópico imaginar que podrá sin mayor esfuerzo asumir las prohibiciones que los tipos penales de lesiones o atentados contra la integridad física llevan consigo. Sin duda, esta realidad debería ser tenida en cuenta como posible atenuante por un juez que hubiera de analizar su conducta. De ahí a considerar que tan trágicas circunstancias permitieran dictaminar *a priori* un estado de necesidad⁸³ capaz de irresponsabilizar automáticamente cualquier

82. J. HABERMAS, “Identidad nacional e identidad posnacional. Entrevista con J. M. Ferry”, en *Identidades nacionales y posnacionales*, Madrid, Tecnos, 1989, págs. 113-114.

83. A. KAUFMANN relacionará con el estado de necesidad su polémico ‘espacio libre de derecho’, al que nos referimos más abajo, —*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), págs. 227 y 231.

reacción media un buen trecho. Aún sería menos razonable propiciar una reforma normativa que generalizara tal propuesta. No sólo porque reacciones vengativas, por comprensibles que resultaran, merecerían en todo caso reproche social y sanción penal, sino además porque la plasmación normativa generalizadora de dicha excepción acabaría amparando inevitablemente –dado el juego práctico de las normas ‘odiosas’ en favor del acusado– conductas más o menos vecinas pero nunca igualmente disculpables.

El juego coherente del llamado principio de tolerancia puede acabar resultando paradójico. En efecto, la primera exigencia para conseguir evitar al máximo la miseria debería ser, precisamente, evitar por todos los medios que lo éticamente mínimo quede situado en el ínfimo rasero de lo mínimamente ético. Porque las víctimas de esa bienintencionada tolerancia serán siempre los más débiles, indefensos y minoritarios, que se verán sometidos a benévolo tópicos de no exigibilidad propiciados por los mayoritarios.

Se estaría con ella convirtiendo en suficiente exigencia ética aquél *mínimo de derecho natural*, al que en tono meramente descriptivo y sin intención moral alguna aludiera Hart⁸⁴. No es lo mismo pronosticar que un ordenamiento jurídico que no reúna determinadas exigencias no podrá *de hecho* sobrevivir, que estimar que basta con que las cumpla para que contemos ya con un ordenamiento *éticamente aceptable*. Con sólo abrir los ojos se comprueba que la capacidad de aguante del ser humano es muy superior a lo razonablemente admisible. No sólo a la hora de sufrir resignadamente la miseria, sino también a la de mirar para otro lado sintiéndose absolutamente irresponsable de ella. Renunciar a que el ordenamiento jurídico como mínimo ético encierre siquiera un gramo de utopía, equivale a consolidar indiscriminadamente los tópicos vigentes. Ello sería sólo éticamente aceptable

84. De ello nos hemos ocupado en *¿Tiene razón el derecho?*, (cit. nt. 55), págs. 354-360.

si estamos convencidos de vivir en un mundo feliz, en el que ninguna injusticia se ha convertido en tópico.

Kaufmann postulará dar paso a un “espacio libre de derecho”, antes que recurrir al clásico juego norma-excepción, aunque los supuestos que nos plantea podrían encontrarían por vía judicial clara solución⁸⁵. Ello hace más sorprendente que se evite la intervención del juez, para recurrir a crear un problemático campo marcado por la presunta simultaneidad de lo no prohibido y lo no permitido. Más que ante una ausencia de regulación, se nos invita a situarnos ante una norma que delega en la conciencia de los individuos afectados la inevitable valoración.

No resulta fácil la defensa de tan problemática tierra de nadie, diseñada como presunta tierra de todos. Baste tener en cuenta la despenalización del aborto en versión alemana que se nos propone como ejemplo. Se pretende que, dado que la “la ley no habla de ‘justificado’, ni tampoco de ‘excusado’, sino, en forma valorativamente neutral, de ‘no punible’”, no habría que considerar las conductas abortivas “ni como expresamente ‘jurídicas’, ni como manifiestamente ‘antijurídicas’, sino más bien como ‘no prohibidas-no permitidas’”; lo que no implicaría ausencia de regulación jurídica sino de valoración⁸⁶.

En realidad la valoración acabará siendo inevitablemente tácita. Cabe establecer, como ha hecho, el Tribunal Constitucional español, una frontera entre tener derecho a algo y ejercer un mero

85. Así ocurriría tanto con la llamada “tabla de Carnéades” insuficiente para dos naufragos, lo que daría paso a un doble ejercicio de la legítima defensa, como con el médico que sólo cuenta con un aparato para atender a dos heridos graves –*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), págs. 228 y 229. El juez podría acudir a fórmulas similares a las de la doctrina moral del acto “voluntario indirecto”.

86. Con lo que parece olvidar su afirmación previa de que “una norma jurídica que no sirviese a ningún valor carecería de sentido” –*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), págs. 223 y 222.

'*agere licere*'⁸⁷; lo que no tendría tanto sentido es negar licitud, por considerarlo no permitido, a lo no prohibido. En un sistema democrático la libertad es norma, por lo que actuar libre y actuar lícito se identifican, salvo expreso reproche de antijuridicidad; esto será así muy especialmente en el ámbito penal. Se podrá discutir si no prohibir un aborto, como ocurre al no declararse delictivo, no genera inevitablemente en la práctica el reconocimiento de un derecho a abortar; pero que en todo caso se estará, al menos, reconociendo automáticamente un ámbito de '*agere licere*' parece fuera de discusión⁸⁸.

La clave estará en la inevitable necesidad de emitir un juicio de valor sobre si la conducta afecta o no al bien común⁸⁹. Si se

87. A propósito de la inexistencia de un derecho a la muerte por parte de los terroristas del GRAPO en huelga de hambre como protesta por su tratamiento penitenciario, en las STC 120/1990, 137/1990 y 11/1991, de las que nos hemos ocupado en *Derecho a la vida y derecho a la muerte. El ajetreto desarrollo del artículo 15 de la Constitución*, Madrid, Rialp, 1994, págs. 49 y ss.

88. A. Kaufmann achacará a "un grave malentendido" considerar que con ello se conduzca "a un estado de naturaleza sin derecho y, en consecuencia, al reconocimiento del derecho del más fuerte". No nos encontraríamos ante "un ámbito ajeno a la regulación jurídica", ya que no es lo mismo "lo 'no punible' que lo 'no regulado penalmente'". La no regulación llevaría a comportamientos "vacíos de derecho" o "actividades jurídicamente irrelevantes: comer, dormir, pasear". "Muy por el contrario, en el espacio libre de derecho se trata de acciones relevantes y reguladas jurídicamente, que pese a ello no pueden ser valoradas, pertinentemente, ni en cuanto conformes a derecho, ni en tanto anti-jurídicas". De ahí que sería poco acertado hablar de conductas "no prohibidas. Correcto sería, más bien, hablar de espacio libre de valoración jurídica". Pese a tal esfuerzo argumental, acabará reconociendo que "esta expresión no se ha llegado a imponer" y que se trata de "una doctrina que en la ciencia –para no hablar de la práctica– tiene sin duda un carácter marginal", –*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), págs. 226-227 y 234.

89. A. Kaufmann insistirá en que "existe también una tercera posibilidad: el abstenerse de valorar. Cuando se valora, esto sucede conforme a la medida de categorías 'jurídico-antijurídico', pero no se tiene que valorar. No subsiste una disyunción excluyente". Admite que "la denominación 'espacio libre de derecho' es precaria", en lo que radicaría "el motivo principal de que esta doc-

estima que no, no habrá que regularla jurídicamente y quedará reconocida como ámbito de actuar lícito; si se estima que sí, habrá que regularla sin poder esquivar la valoración. El presunto espacio libre de derecho equivaldría a responder que la conducta ni afecta ni deja de afectar al bien común, lo que no parece razonable; o remitiría al puro arbitrio individual la respuesta a un problema cuya relevancia para el orden público no se ha querido descartar permisivamente.

El espacio presuntamente libre de derecho sólo resulta inteligible a la luz de su peculiar concepción de la tolerancia: "a cada una de las posiciones se le concede una parte de razón, cada uno tiene que ceder, igualmente, un poco de su postura". Este bienintencionado intento daría paso a una envidiable armonía preestablecida: "si el orden jurídico se abstiene de cualquier valoración", "cesa, la discrepancia en este ámbito particularmente delicada entre derecho y moral", lo que facilitaría una "tolerancia respecto a distintos puntos de vista, religiosos, morales, ideológicos". Más bien parece que en la práctica acabará consumándose lo que pretende evitar: si "se dice que las acciones correspondientes son 'jurídicas', entonces se responde satisfactoriamente a quienes así actúan"⁹⁰.

Entendida la tolerancia como el afán de recoger el máximo de opciones éticas en juego, la verdad como convergencia acaba cobrando un cierto aire sociológico y cuantitativo. La idea de un mínimo ético innegociable, heredera del viejo concepto de 'bien común' indispensable para que la convivencia pueda considerarse realmente humana, va dando paso a una ética de mínimos nego-

trina sea, con frecuencia, mal entendida. Correctamente tendría que llamarse espacio libre de valoración jurídica. Tampoco el término 'no prohibido' satisface acertadamente lo pensado. Apropiado sería hablar de no prohibido-no permitido, lo cual no quiere decir que no prohibido signifique 'jurídico' y no permitido equivalga a 'antijurídico'" -*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), págs. 231 y 232.

90. *Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), págs. 233 y 230.

ciada entre las propuestas en conflicto. Por detrás subyace la optimista convicción de que cabe establecer la convivencia sobre un mínimo ético que implique exigencias morales generalizadamente llevaderas. El cumplimiento del derecho no llevaría consigo decisiones arduas; todo un tratado de 'bien común sin esfuerzo'.

Se ha prescindido llamativamente del juego norma-excepción, que encontraría en el juez la pieza clave. Aunque considera una "idea interesante" que "el juez –en el marco de la ley– puede ser más tolerante que la ley, precisamente porque mediante su interpretación, realiza la justicia en el caso individual"⁹¹, no deriva sorprendentemente de ello consecuencia alguna. Al olvido de la función normalizadora del precepto general⁹² se añade así una práctica privatización de la cosa juzgada, que –se quiera o no– acabaría sustituyendo paradójicamente al derecho por una ética de situación⁹³. Aunque se muestra convencido de que "la tolerancia posibilita actuar responsablemente"⁹⁴, no parece haberse planteado si resulta jurídicamente responsable privatizar decisiones que afectan a valores básicos de la convivencia social⁹⁵.

91. Citando a Fritz WERNER, –*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), págs. 342-343.

92. Llamativo en parte, al no faltar en su obra alusiones al juego mutuo de "acatamiento de las reglas" y de "arraigamiento del modelo de comportamiento" a través de un proceso de "interiorización". Dentro de esta mutua influencia de reglas sociales, moral y derecho, constata que "la decadencia de las reglas sociales tiene casi siempre también como consecuencia una crisis de la moral y del derecho", –*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 221.

93. En sus escritos más tempranos ya había contrapuesto sustancia y situación, –*Die ontologische Begründung des Rechts*, (cit. nt. 13), pág. 471– o había reconocido que una ley sobre cuya validez juzga una conciencia individual no es tal ley, considerando tal actitud propia del decisionismo o del situacionismo existencialista. Cuando apuntaba, pensando por entonces en el juez, que precisamente por eso el legislador ha de procurar respetar la libertad de conciencia y evitar tales conflictos, no era fácil imaginar la deriva ulterior de su planteamiento, –"Gesetz und Recht", (cit. nt. 23), págs. 372-373 y 374.

94. *Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 316.

95. No oculta su confianza en que cabrá contar con lo que "la tolerancia requiere": "el ciudadano mayor de edad que sabe decidir en libertad respon-

Un modo realmente inesperado de despejar el agudo problema que el juego de la personalidad del juez imponía como coste de la crítica al normativismo legalista. Paradójicamente, no parecen preocuparle tanto los posibles excesos de un juez inevitablemente creativo, como que un posible conservadurismo que le llevara a extremar la prudencia. “La tolerancia tiene que posibilitar que hombres conscientemente responsables puedan también conducirse con responsabilidad, sin temer secuelas legales si una empresa ha de acabar mal”. Huye de actitudes demasiado cautelosas. “Lo característico de una conducta que rehuye el riesgo es la ausencia de una ambigüedad tolerante. No se soporta la insolubilidad de preguntas y problemas”⁹⁶.

La obra de Arthur Kaufmann queda en pie como el esforzado memorial de más de cincuenta años de filosofía jurídica. En sintonía con su propia convicción, quizá su vertiente más valiosa sea la ‘negativa’, dado el gran vigor crítico de su cuestionamiento del legalismo y su estimulante revisión de la metodología de la praxis jurídica al uso.

Su evolución sugiere una inversa simetría con la de su maestro Radbruch. Este partió del relativismo para, sacudido por la revisión ética del posnazismo, revisar sus puntos de partida sin llegar a dotarlos de similar fundamento sólido. Kaufmann parte de una ontología basada en la confianza en el ser, inclinada a flexibilizar un iusnaturalismo ahistórico. Si siempre había mostrado una especial sensibilidad por la solución ética de problemas polémicos⁹⁷, esta preocupación marca decisivamente el final de su

sablemente”. La respuesta le parece clara, aun si se apuntara que eso “es tan sólo una utopía, y que, con ello, también la doctrina del espacio libre de derecho representa una utopía. Esto es posible. La cuestión es si ésta es una utopía alucinante y abstracta o una utopía concreta, reforzada por la realidad; si es una quimera o la realidad del mañana”, –*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 234.

96. *Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), págs. 307-308 y 310.

97. Ya en 1963, al reflexionar, *Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart*, (cit. nt. 27), apunta que la ontología es una filosofía apoyada en la confianza en el ser. Ella, y el derecho natural serían características de épocas

trayectoria, llevándole a revisar igualmente sus puntos de partida, con notable pérdida de solidez⁹⁸. Reflejará, a su vez, la circunstancia ética del momento; que no será ya la de una sociedad como la de la posguerra, necesitada de sólidas respuestas netas, sino la de una sociedad que aspira –con más optimismo que rigor– a lograr un ámbito ético capaz de legitimar el máximo de decisiones imaginable. A fin de cuentas la conclusión de la que siempre fue una “*Rechtsphilosophie im Wandeln*” no podía ser sino un signo de interrogación.

seguras de sí mismas. A su juicio, la decisión por el derecho natural se produce en un ámbito precientífico, por lo que no puede ser científicamente desmentida. Por entonces resalta como tarea de la filosofía jurídica asumir la posibilidad actual de una perversión del derecho. Pero, a la vez, señala que el legislador y la jurisprudencia han de tratar con cuidado los temas éticos, que deben permanecer como problemas abiertos. Deberían evitar fundamentarse en puntos de vistas religiosos o políticos particulares y limitarse al ámbito ético más elemental. Nuestro tiempo no sería época de grandes obras legislativas sino de moderación; pero el criterio de tal medida es siempre el ser, y desde el punto de vista del ser el derecho es anterior a la ley, págs. 146 y 147-148.

98. En 1960, llamando a superar el “absolutismo relativista”, había señalado, jugando con las palabras, que el derecho se enraiza en el ser, como algo objetivo que “está frente (*Gegenstand*)” al sujeto, y no es producido por su pensamiento, –“*Gedanken zur Ueberwindung des rechtsphilosophischen Relativismus*”, (cit. nt. 12), pág. 553. Con aire autobiográfico esbozará decenios después una confesión que explica su deriva final: “no se puede ser demócrata (y tolerante) sin a lo menos un poco de ‘relativismo’. Yo sé de lo que hablo. Hace cerca de 40 años escribí un artículo sobre ‘La superación del relativismo filosófico’. Allí sostuve un punto de vista objetivista completamente parcial. Entonces era joven y esta es también una explicación para ese artículo. El relativismo es poco atractivo para los jóvenes. Los jóvenes quieren lo incondicional, lo absoluto, no desean ningún ‘turbio’ compromiso. Ellos quieren todo y lo más rápido posible, pues los jóvenes son impacientes. Les falta la ambigüedad de la tolerancia, es decir la capacidad de tratar razonablemente las indeterminaciones, las insolubles aporías, los riesgos de la vida. Por lo general se tiene que haber vivido mucho para percatarse de que el relativismo no es algo que se deba superar, sino practicar con inteligencia y medida”. “El relativismo es del todo compatible con una convicción firme, pero esta convicción está acompañada con el criterio de que además de la propia convicción existen otras convicciones de igual valor”, –*Rechtsphilosophie*, (cit. nt. 3), pág. 299.