
ARTHUR KAUFMANN
(Munich)

Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica (*)

I

Nada ha caracterizado tanto el desarrollo de la filosofía jurídica de los últimos doscientos años, sobre todo en Alemania, como la lucha de los hermanos enemigos: iusnaturalismo y positivismo jurídico. El tan debatido ir y venir del “eterno retorno del derecho natural” y del “eterno retorno del positivismo jurídico” (1), en el que se reflejó el dilema de conjunto de la filosofía del derecho, tuvo sus raíces en última instancia en el hecho de que se entendió a ambos como puntos de vista contradictorios entre los que no sabía sino optar por uno u otro. Hoy es sabido que tal receta —o tenor textual de la ley positiva o normas iusnaturalistas supralegales, *tertium non datur*—, tal terrible simplificación, conduce al error y que han quedado bloqueados tanto el camino de vuelta al derecho natural (al derecho natural racionalista-absolutista se entiende) como el de retroceso al positivismo legal. Sabemos que la vieja contienda entre derecho natural y positivismo ha encaillado hace tiempo en un banco de arena. Pero, ¿cómo seguir adelante? Hace ya tiempo dijo Werner Maihofer que sólo puede haber un ca-

(*) Título original: *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik*. Versión castellana de Andrés Ollero.

(1) Cfr. ROMMEN, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 1947 (2.ª ed.); LANG-HINRICHSEN, *Zur ewigen Wiederkehr des Rechtspositivismus*, en «Festschrift» en honor de E. Mezger, 1954, págs. 1 y ss.

mino, "el camino de una *nueva fundamentación del derecho más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*" (2). Suena aceptablemente, pero ¿qué significa en concreto?

El especialista sabe que recientemente se han dado muchos planteamientos de una nueva fundamentación del derecho y ello debe acogerse con ilimitado regocijo, ya que precisamente en esta variedad radica la posibilidad de que la filosofía jurídica salga de su éxtasis. Siendo tan variados estos esfuerzos por fundamentar el derecho más allá del derecho natural y el positivismo jurídico, tienen, no obstante, de manera más o menos explícita un punto de partida común: el rechazo del dualismo metódico kantiano, de la tajante separación de *deber ser y ser*. Y de hecho sólo puede haber un camino, fuera de las viejas vías ya desgastadas, si se supera ese dogma de los dos ámbitos cerrados en sí y faltos de mutuo contacto, que late bajo las dos doctrinas. Que el positivismo jurídico (como doctrina filosófica) reposa sobre el dualismo de ser y deber ser es bien conocido; hasta remitir a la "teoría pura del derecho" de Kelsen (3). Pero también el derecho natural racionalista está construido sobre dicho fundamento, en la medida en que tanto las normas de derecho natural como el proceso metódico de deducción desde ellas se entienden como completamente independientes de la realidad histórica concreta (que tal independencia no se diera verdaderamente nunca, es otra cuestión).

Estos intentos de la reciente filosofía del derecho de superar el dualismo de ser y deber ser, o de relajarlo al menos, y trazar así un camino más allá de inusnaturalismo y positivismo, se han articulado de manera muy diversa de acuerdo con sus puntos de partida filosóficos (4). Los defensores del neohegelismo, como Binder, Schönfeld o Larenz, no han prestado de salida tributo alguno al dualismo metódico, gracias a su opción por la dialéctica, y lo mismo cabe decir de la teoría jurídica marxista (Bloch, Klenner). Para los neokantianos, por el contrario,

(2) MAIHOFER (ed.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, 1962, introducción, página X.

(3) KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1960 (2.ª ed.). Al respecto, recientemente, Schild, en ARTHUR KAUFMANN-WINFRIED HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 1977, págs. 103 y ss.

(4) Sobre lo siguiente, cfr. ARTHUR KAUFMANN-WINFRIED HASSEMER, *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 1971, págs. 18 y siguientes, 56 y ss. Véase en concreto, sobre «naturaleza de la cosa», «estructuras lógico-materiales», «teorías institucionales del derecho», «fenomenología y derecho» y «filosofía existencial y derecho», ARTHUR KAUFMANN (ed.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, 1965 (con numerosas referencias a fuentes bibliográficas).

era esencialmente más difícil tender tal puente. Gustav Radbruch lo intentó hacia el final de su vida, como es sabido, por medio de la “naturaleza de la cosa”, pero ello le sirvió sólo “para relajar algo el dualismo entre valor y realidad, pero no para eliminarlo” (5). Más tarde, otros muchos han utilizado esta fórmula de la “naturaleza de la cosa”, que Radbruch entendió sólo como “forma de pensamiento” y no como “fuente del derecho” ni como “derecho natural concreto”, y lo hicieron, lógicamente, con acento propio: Baratta, Coing, Dreier, Hassemer, Maihofer, Poulantzas, Schambeck, Tammelo... Otro estereotipo similar: las “estructuras lógico-materiales”, se encuentra preferentemente en Welzel y Stratenwerth, que recuerdan con ello —y no por casualidad— la teoría del derecho fenomenológica (apriorística) de un Reinach, un Dulckeit o un Gerhart Husserl. Tampoco deben olvidarse las “teorías jurídicas institucionales” fecundadas por la más reciente filosofía protestante (Dombois, Ellul, Forsthoff, Callies), así como los intentos de los neotomistas (Verdross, Marçic) de captar el derecho no ya bajo el aspecto de normas absolutas, sino en su “vinculación al ser”.

Esta ojeada no es ni aproximadamente completa. Así, por ejemplo, han surgido también a partir de la “teoría crítica” (Horkheimer, Adorno, M. Marcuse, Habermas), algunos impulsos fructíferos para la discusión filosófico-jurídica, que, más allá de la polémica política en torno a esta escuela, no cabe perder de vista. Recientemente la filosofía del derecho se halla en Alemania bajo una fuerte influencia angloamericana y escandinava, que se concreta fundamentalmente en la “teoría analítica del derecho” (Hart, Ross, Eike v. Savigny) y en la “Systemtheorie” (Parsons, Luhmann). Y aún habría que nombrar alguna otra (6), pero no podemos prolongar nuestra enumeración.

No debe en ningún caso darse la impresión de que todas estas corrientes filosófico-jurídicas que se apartan del dualismo metódico (7) llevan en última instancia a lo mismo. Se dan en lo particular diferencias bien considerables. Algo, sin embargo, es común a todas ellas: el derecho no se considera ya como un sistema absoluto y siempre válido de nor-

(5) RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1965 (3.ª ed.), pág. 23.

(6) Cfr. el panorama de las más nuevas corrientes de filosofía jurídica de ARTHUR KAUFMANN en su obra, conjunta con WINFRIED HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart*, 1977, págs. 282 y ss., 300 y ss.

(7) El rechazo del dualismo metódico no es, por lo demás, igualmente claro en todas las posturas. La filosofía analítica, por ejemplo, sigue fuertemente ligado a él.

mas de deber ser y tampoco será ya identificado con la ley positiva. Sea en las “estructuras lógico-materiales”, o en presuntas “instituciones” fundadas por Dios, en “roles sociales” existencialmente implantados, o bien en la “naturaleza de la cosa”, siempre preceden a las regulaciones jurídicas *realizaciones de valor* ya *preformadas*, que determinan y limitan en su contenido tanto la decisión del legislador como la del juez y ofrecen a la vez una base desde la que posibilitar su crítica. La “corrección” del derecho así acreditada no será nunca segura sino siempre problemática (aporética). Precisamente en este punto de vista, de que no hay nunca decisiones jurídicas incuestionablemente correctas, se aparta la actual filosofía jurídica tanto del iusnaturalismo como del positivismo jurídico, dado que ambos, cada uno a su manera, establecen apodícticamente la validez de las normas jurídicas y prohíben con ello una crítica que trascienda al sistema. Así, recientemente, la hermenéutica jurídica, de la que hemos de hablar aún, ha llegado a la convicción de que la “corrección” del derecho no puede tener su sitio en las normas jurídicas, sino que se encierra también en los contenidos materiales de la vida social —más exactamente en la *dialéctica* de contenido material vivo y norma, de ser y deber ser. Esto quiere decir, pues, que el “derecho correcto” no *se da* como una entidad o como un *estado* que quepa encontrar acabado, sino que más bien *acaece históricamente* en un *proceso* que no llega nunca a su fin (8).

II

El término “historicidad” señala de la manera más clara el abandono del pensamiento jurídico iusnaturalista y positivista por parte de la filosofía del derecho actual. Ya se ha señalado más arriba que iusnaturalismo y positivismo jurídico no son en absoluto tan fundamentalmente distintos como ha solido considerarse y como ellos mismos han pretendido. Veremos enseguida que incluso se asemejan en un amplio aspecto.

(8) En relación con ello y lo que se expone a continuación: ARTHUR KAUFMANN, *Rechtsphilosophie im Wandel*, 1972, especialmente págs. 135 y ss., 338 y ss.; *Wozu Rechtsphilosophie heute?*, 1971, especialmente págs. 29 y ss. (versión castellana: *Sentido actual de la filosofía del derecho*, ACFE, 1972 (12), págs. 7 y ss.); *Die «ipsa res iusta»*. Gedanken zu einer hermeneutischen Rechtsontologie, en Festschrift en honor de Karl Larenz, 1973, págs. 27 y ss.; *Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung*, en Festschrift, en honor de Wilhelm Gallas, 1973, págs. 7 y ss. Recientemente, Schroth, en ARTHUR KAUFMANN-WINFRIED HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart*, 1977, págs. 188 y ss.

Naturalmente, no deben negarse ni nivelarse sus diferencias. La pretensión de llegar a unas normas jurídicas absolutas y válidas para todo tiempo, que puedan destilarse de una presunta e inmutable "naturalidad del hombre", repugna diametralmente al credo positivista. Esto es claro. Pero, con la negación de un derecho natural supratemporal y con la constatación de que el establecimiento concreto del derecho está sometido al cambio histórico, el positivismo no ha llegado a dar cuenta del fenómeno de la historicidad del derecho. No puede llegar a apresararlo, porque en su cielo conceptual no hay lugar para él. Pues, exactamente igual que en el iusnaturalismo racionalista de sus principios supremos pueden derivarse concluyentemente las normas jurídicas positivas, y de éstas más tarde las decisiones jurídicas concretas, también pueden, según el positivismo jurídico (normativista), alumbrarse de manera *puramente deductiva*, y en tal sentido estrictamente lógica, las decisiones concretas a partir de las leyes —con el auxilio en caso necesario de las directivas (de la "voluntad") del legislador. Con ello, según ambas teorías, el derecho positivo concreto *se contiene acabadamente en la norma*, y viene por tanto establecido de antemano, manteniéndose rígido e insensible frente a las connotaciones históricas de la situación en que se decide.

Este parentesco entre dos rivales tan declarados como derecho natural y positivismo jurídico puede parecer sorprendente, pero responde a razones internas. Ambos están orientados axiomáticamente, a ambos sirve de base el pensamiento codificador, y sobre todo ambos son deudores de la filosofía sistemática del racionalismo, cuyo objetivo es lograr un sistema cerrado de conocimientos adecuados y exactos. Así los grandes "códigos iusnaturalistas" de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX —el *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* de 1756, el *Preussisches Allgemeines Landrecht* de 1794, el *Code civil* de 1804, el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austriaco de 1811 y otros (9)— se presentan todos ellos con la pretensión de aportar una regulación exhaustiva de las relaciones jurídicas. Y el positivismo legalista de fin de siglo no se comportó de otra manera, pues asumió sin titubear esta herencia del iusnaturalismo racionalista y proclamó como uno de sus dogmas supremos el hermetismo lógico y la ausencia de lagunas del ordenamiento jurídico (10).

(9) Cfr. al respecto, WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1967 (2.ª ed.), páginas 322 y ss.

(10) De la manera más consecuente defendió este positivismo legalista, KARL BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, t. 1. 1892.

El presupuesto, expreso o tácito, de estos sistemas jurídicos cerrados es el planteamiento, ya arriba aludido, según el cual el derecho tiene su asiento exclusivamente en las *normas* y, por tanto, sólo cabe encontrarlo en ellas, nunca en lo existente, ni en lo real, ni tampoco en los contenidos materiales de la vida social. Naturalmente, tal *concepción normativista del derecho* no se defiende ya hoy día en una versión tan extrema. La constatación de que todo ordenamiento jurídico tiene lagunas se ha ido haciendo lugar común, y por ello nadie rechaza que el juez se encuentra continuamente en la necesidad de completar las normas legales con algo exterior a su ámbito (“derecho judicial”) (11). Pero estos casos en los que el juez no ha de limitarse a subsumir se consideran aún hoy como excepciones, como irregularidades, porque el juez asumiría aquí un papel que, de acuerdo con el principio de división de poderes, no le compete: el papel de legislador (muy claramente viene expresado en el conocido artículo 1 del Schweizerisches Zivilgesetzbuch: cuando la ley y el derecho consuetudinario callan, debe el juez “decidir de acuerdo con aquella regla que él hubiera establecido como legislador”). La existencia de lagunas en la ley se considera, pues, como un fallo, como una imperfección desgraciadamente inevitable y no como una particularidad fundamentada en la “naturaleza de la cosa”. Como ideal al que aspirar, sigue vigente en cualquier caso, el sistema de normas sin lagunas, perfecto, necesitando quizá de interpretación, pero nunca de complemento.

Todo lo dicho viene corroborado por las definiciones del derecho que se encuentran en tratados, diccionarios, léxicos y demás, que casi sin excepción presentan el derecho como un conjunto, una suma o un entramado de *normas de deber ser* (12). Los hechos jurídicos, los *contenidos vitales* jurídicamente relevantes, no son por su parte un ingrediente del concepto de derecho, sino que se entenderán, en todo caso, como “derecho en sentido sociológico”. Esto responde plenamente al dualismo metódico kantiano, de acuerdo con el cual un deber ser no puede determinarse a través de un ser. Pero, si ser y deber ser estuvieran separados por un abismo, ¿cómo tendría lugar la llamada *subsunción* de los contenidos vitales bajo las normas jurídicas? ¿cómo sería posible poner al derecho en contacto con la realidad, “aplicarlo” a ella, si ese derecho sólo constara de normas, independientes y no influidas por la realidad histórica?

(11) Instructivo al respecto, LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1975 (3.ª ed.), especialmente, págs. 350 y ss.

(12) Cfr. entre otros muchos, ZIPPELIUS, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, 1974 (2.ª ed.), pág. 10.

Todo ello sólo es posible porque las premisas no son ciertas. La separación dualista de ser y deber ser es el resultado de una abstracción. Realmente, en la realidad jurídica, no se da tal separación. No hay ni contenidos vitales valóricamente asépticos ni valores desvinculados del ser —si no, nos “ahogaríamos” o en el ser o en el valor. Por ello tampoco es correcto definir al derecho sólo como un conjunto de normas; el derecho es más bien, e incluso ante todo, un *acaecer real*, un *acto* que como “*actio iustiae*” (13) necesita claramente normas suministradoras de una orientación, pero no se identifica con ellas, al igual que un camino no puede ser definido como la suma de las señalizaciones que lo flanquean.

En muchos oídos puede sonar como una herejía que el derecho real, histórico-concreto, no es tanto un conjunto de normas, una articulación de párrafos, como algo que tienen que ser continuamente producido, conformado y hecho. Pero todo ello es ciertamente una antigua tradición occidental. Se encuentran estos pensamientos ya en Aristóteles, en Cicerón y sobre todo en Tomás de Aquino, pero también incluso en épocas posteriores (naturalmente con variaciones muy diversas) en muchos teóricos del derecho —yo nombraría ahora solamente a Friedrich Carl von Savigny (14). Sin duda costaría mucho trabajo encontrar en la época prerracionalista un planteamiento según el cual el derecho no fuera sino un sistema de normas de deber ser.

Con esto no quiere decirse que debamos de retroceder de nuevo más allá del positivismo legalista y del derecho natural racionalista. Esto sería una pretensión atávica. Más bien se trataría, como ya hemos dicho, de llegar por entre derecho natural y positivismo jurídico a una nueva fundamentación del derecho. Para ello serían necesarias dos cosas: superar el dualismo metódico de ser y deber ser y abandonar la tesis de que el derecho sea idéntico a las normas legales. Solamente si nos separamos de estas reliquias de una época pasada, se abre el camino hacia un nuevo planteamiento teórico-jurídico y metodológico: no se trataría ya de cómo *deducir lógicamente* el derecho a partir de unas normas rígidas, sino que el planteamiento de la cuestión consistiría más bien en cómo puede el derecho ser *hermenéuticamente comprendido* partiendo del lenguaje histórico vivo.

(13) TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologiae*, 2, II, 57, 1.

(14) Referencias en ARTHUR KAUFMANN, *Die «ipsa res iusta»* (v. nota 8), páginas 34 y ss.

III

En primer lugar, hay que insistir: *ley y derecho* no son lo mismo —en contra del dogma del positivismo ortodoxo—. La norma legal, abstracta y positivo-formal, sin duda necesaria, no es nunca fundamento suficiente para el derecho concreto y positivo-material. Dicho de otro modo: la ley no es realidad sino sólo posibilidad de derecho. Si es cierto que el derecho no surge sólo de la ley, para que el derecho se origine deberá la ley ser completada por algo que se halle fuera de ella. Esta opción apenas si es hoy discutida. Pero casi siempre se teme derivar consecuencias de ella o no se captan en absoluto, porque, como se ha indicado más arriba, se acepta acriticamente la imperfección de la ley como un hecho esporádico, como tantas otras muestras de lo imperfecto de nuestro mundo.

Pero el *inacabamiento de las leyes* no es en modo alguno una imperfección o un fallo sino que se apoya necesaria y apriorísticamente en la esencia misma de la ley. La ley ha de ser válida para la realidad, pero la realidad es indefinidamente pluriforme y se encuentra en incesante cambio. Precisamente por esta variedad y alterabilidad de los contenidos vitales no puede formularse una ley de manera concluyente y unívoca, aunque ello fuese posible (que no lo es, como ha puesto de manifiesto la inutilidad de las prohibiciones de interpretación). La ley ha de concretizar siempre en la respectiva situación histórica; sólo en el caso y a través del caso se hace comprensible lo que “piensa” la ley. La metodología tradicional ha errado, pues, cuando ha creído que la respuesta a la cuestión de si el texto legal “piensa” un determinado contenido material podría encontrarse en la ley misma a través de la “interpretación”. En realidad, hay que preguntar siempre también al contenido material (adelantado al menos teóricamente) si el texto legal le resulta adecuado, pues de lo contrario sería imposible una “comprensión” de la “correspondencia” (*adaequatio*) existente entre contenido material y texto legal.

Comprender un texto no es por tanto algo puramente receptivo, sino un *proceder* práctico y conformador. Sólo a través de tal proceder se *hace* el derecho concreto e histórico. Aquí se pone de nuevo de manifiesto la insostenibilidad del dualismo metódico de ser y deber ser y, como consecuencia, del diseño de la obtención del contenido material y de la aplicación del derecho como procesos separados temporalmente sucesivos. Esto no es sino una ilusión, pues en realidad es totalmente

imposible comprender una norma sin tener a la vista determinados contenidos materiales, al igual que no es posible reconocer un contenido material en cuanto tal si no es bajo determinados puntos de vista normativos. En efecto, a través de este proceso —que tiene lugar *uno actu*— de calificación del caso y de concretización de la norma legal (que se denomina —poco acertadamente— “aplicación del derecho”) se establecen el contenido material y la norma jurídica, y mientras uno y otro van siendo preparados y son finalmente “puestos en correspondencia” (lo cual habitualmente se designaba como “subsunción”), surge el derecho concreto, realmente existente, histórico. Antes no hay aún “derecho” alguno ni hay tampoco ningún “contenido material”, sino que más bien hay sólo “materiales en bruto”: por una parte, un número de normas legales abstractas, que a causa de su abstracción no son aún aplicables; por otra parte, en conglomerado de hechos inarticulados que aún no han sido puestos en relación con determinados puntos de vista jurídicos y, por tanto, tampoco han sido aún separados en relevantes e irrelevantes. La llamada subsunción no es problema una vez fijadas las premisas. El acto decisivo consiste en poner de manifiesto tales premisas en su mutua correspondencia, o sea, en elaborar las proposiciones jurídicas concretas cara al contenido material y construir los contenidos materiales cara al derecho (15).

La hermenéutica jurídica no dice con todo esto nada que no haya sido siempre admitido y practicado por doquier. Se limita a sacarlo a la luz rompiendo con ello claramente algunas ilusiones, sobre todo, la ilusión de que la aplicación del derecho sea una subsunción exacta del caso jurídico bajo una ley (comprensible e interpretable por sí sola). Con este desilusionamiento no se ha hecho todavía nada, naturalmente. Más bien surgen ahora problemas inadvertidos hasta el momento, problemas que afectan sobre todo al legislador y al juez, a su actividad, a sus funciones, a su relación mutua, e incluso también al principio de división de poderes. La hermenéutica jurídica, que está aún del todo en el comienzo de su desarrollo (16), tendrá, pues, que ocu-

(15) Coincidentemente, HRUSCHKA, *Rechtsanwendung als methodologisches Problem*, en «ARSP», 1964 (50), págs. 485 y ss.

(16) Véase especialmente, ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972 (2.ª ed.); HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechtstexten. Zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts*, 1972; HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, 1968; LEICHT, ARTHUR KAUFMANN y SCHROTH, en Arthur Kaufmann (ed.), *Rechtstheorie*, 1971, págs. 71 y siguientes, 81 y ss., 103 y ss. Además, los escritos citados en la nota 8. Recientemente, LARENZ ha concedido también más espacio al planteamiento hermenéutico: cfr. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1975 (3.ª ed.), págs. 181 y ss.

parse particularmente de cuestiones especialmente urgentes, del tipo de bajo qué condiciones el acto de legislación y el dictamen del juez pueden considerarse "correctos". Naturalmente, es imposible debatir aquí todos estos problemas, o ni siquiera esbozarlos. Debemos limitarnos a algunas escasas indicaciones y renunciar en absoluto a fundamentaciones detalladas.

Un punto totalmente central de la más reciente filosofía hermenéutica (mencionemos sólo tres nombres: Betti, Heidegger, Gadamer) radica en el reconocimiento de que un texto lingüístico no puede ser nunca comprendido por sí mismo, sino que para poder conocerlo se necesita siempre una *precomprensión* o *prejuicio*. Para decirlo con palabras de Gadamer: los "prejuicios" son "condiciones del comprender". Así, pues: "quien quiere comprender un texto, consume siempre un proyectar. El adelanta un sentido del todo en la medida en que en el texto se insinúa un primer sentido. Este a su vez sólo se insinúa, porque se lee el texto ya con ciertas expectativas relativas a un determinado sentido. En la elaboración de un tal proyecto previo, que como es lógico se revisa continuamente a la luz de lo que resulta de las sucesivas aproximaciones al sentido, consiste la comprensión de aquello que late en él" (17). Este es el llamado "círculo hermenéutico", según el cual sólo cabe comprender una cosa designada lingüísticamente en la medida en que viene ya precomprendida en su lenguaje, si bien a un nivel quizá aún en gran parte irreflexivo (idea de la comprensión como un movimiento en forma de espiral). Josef Esser expresa esto así: "el 'círculo hermenéutico' radica... en el hecho de que, sin un prejuicio sobre necesidad de ordenación y posibilidad de solución, el lenguaje de la norma no puede expresar en absoluto lo que se pregunta: la solución correcta... El acto decisivo es el traer a colación un determinado problema de ordenación en relación al posible significado-orden del texto interrogado... Precisamente en torno a ese 'traer a colación' gira la hermenéutica jurídica" (18).

A partir de aquí resulta que una vez claro porqué la ley es más inteligente que el legislador, por qué da nuevas respuestas a nuevas situaciones, por qué cambia a pesar de que permanezca su tenor literal, por qué se hace viva e histórica en su aplicación. Y resulta evidente cómo se completa la ley —que sólo representa una posibilidad de de-

(17) GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 1965 (2.ª ed.), págs. 261, 251.

(18) ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972 (2.ª ed.), páginas 137 y ss.

recho— para que surja derecho real: a través del acto creador que realiza el derecho. Cuando el juez dice el derecho, introduce siempre algo propio, de su entendimiento; de lo contrario, no podría nunca poner en correspondencia la ley y el caso.

De lo dicho se derivan otras conclusiones. Si el derecho sólo se hace en el proceso de comprensión, no cabe una “corrección objetiva” del derecho fuera de tal proceso (19). La “objetividad” de las ciencias naturales: eliminación total del yo y entrega completa al objeto, no es un ideal adecuado para la ciencia del derecho. Las normas legales, con las que el juez tiene que ver, no son “objetos”, que él con una “pureza” libre de subjetividad puede reconocer y ordenar entre sí, sino que son, como antes se señaló, sólo material bruto, que necesita aún elaboración para que de él surja el derecho. Naturalmente, en los casos rutinarios el momento conformador del proceso metódico resulta las más de las veces inconsciente. En el fondo es una antiquísima verdad que ajustar el derecho no es meramente un problema de saber, sino que es ante todo un problema de poder. Pero las más de las veces no se ha derivado de ello la consecuencia de que donde entra en juego la conformación no puede haber nunca “pura objetividad” ni “materialidad neta”, porque conformación significa por definición que el conformador introduce en la obra algo de su personalidad. Y, efectivamente, también el juez hace esto: introduce en el juicio algo de su personalidad.

De todo esto no cabe derivar la defensa de un subjetivismo judicial, sino, más bien, que los momentos subjetivos, existentes siempre aunque encubiertos las más de las veces, deben hacerse conscientes e incluirse en la conexión metódica de la fundamentación. No habiendo, como queda dicho, ninguna “corrección del derecho” fuera del proceso concreto de decisión, debe, pues, *surgir en este mismo proceso*: a través de *reflexión y argumentación*, mediante *intersubjetividad y consenso* entre los participantes. Si es cierto —y apenas cabe dudarlo— que la comprensión de normas legales y contenidos vitales implica una actividad creadora del que comprende, y si, como consecuencia, su persona, con sus prejuicios, convicciones, intereses y situaciones (de tipo individual y social), se inmiscuye siempre y necesariamente en el proceso de comprensión, los criterios del proceder y decidir correctos ten-

(19) Así, ENGISCH, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, 1963, páginas 14 y ss.; HASSMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, 1968, pág. 135.

drían que referirse a la persona que comprende y actúa, así como también a la situación de la acción y de la comprensión. En resumen: el juez no sólo ha de tener en cuenta la ley y el caso, sino que tiene que someterse a sí mismo a reflexión.

No hay duda de que el apartamiento del iusnaturalismo y del positivismo jurídico y el acercamiento a la hermenéutica jurídica no significa facilitamiento alguno ni para el legislador ni para el juez. Por el contrario, se hace más difícil establecer o decir derecho, aunque también se hace más humano. El derecho natural racionalista y el positivismo jurídico habían convertido a los juristas, y más aún al juez, en funcionarios. La hermenéutica jurídica quiere devolverles personalidad (20).

(20) Especialmente relacionado con ello: ARTHUR KAUFMANN, *Richter und Vielfalt des Strafrechts*, Festschrift en honor de Karl Peters, 1974, págs. 295 y ss.