

SANTOS ARNAIZ, José Antonio: *Arthur Kaufmann en la encrucijada de la filosofía jurídica alemana de la posguerra*, Granada, Editorial Comares, 2008, 326 pp. + XIX.

Bajo el signo de un renovado interés por el conocimiento de los filósofos del derecho y constitucionalistas alemanes muy bien representado en la actualidad por Francisco Sosa Wagner (*Maestros alemanes de Derecho público, I y II*, Madrid, Marcial Pons, 2002 y 2004, 248 y 408 pp.), José Antonio Santos nos ofrece un estudio completo y muy sugerente sobre el iusfilósofo y penalista Arthur Kaufmann y su contexto teórico e histórico. Se trata de un estudio sobre Kaufmann que comparte su posición hermenéutica en un debate incluyente de las posiciones analíticas en torno a la interpretación y aplicación del derecho. La tradición jurídica alemana no sólo es importante, para nosotros, porque supone un ejemplo constitucional imprescindible para los países continentales europeos, al menos desde la Ley Fundamental de Bonn de 1949, sino también por la gran aportación realizada por la Constitución de Weimar de 1919, vigente en su contenido democrático hasta la algarada nacionalsocialista de 1933. La referencia al periodo constitucional recorrido entre 1919 y 1933 es clave para comprender un proceso de reconstrucción de la Alemania contemporánea, fallido por la dualización económica de la sociedad, repetida a comienzos del pasado siglo en toda Europa y abierta a las grandes contiendas bélicas. A tal confluencia de contradicciones sociales y económicas no pudo sobreponerse una república democrática y presidencialista empeñada en la reforma del parlamentarismo. La Constitución de Weimar contó con una base social débil dada la preponderancia de sectores conservadores y aristocráticos en la Administración y la paupérrima situación económica. Circunstancias tan fatales favorecían, lamentablemente, la fatídica esperanza de contar con un Mago que se sacara un as de la manga para salvar al país. Contar con el maestro de Arthur Kaufmann, Gustav Radbruch, como Ministro de Justicia en Weimar no pudo contener la debacle. Pero la polémica, entonces iniciada, acerca de cuestiones como si esta Constitución, también ejemplar, representa dos constituciones por su división entre una parte orgánica y otra de derechos fundamentales –como querían los enemigos de la democracia liberal, como Schmitt–, el debate sobre la compatibilidad competencial entre ser miembro del gobierno y también del parlamento, y la introducción de un presidencialismo de elección popular que aportaba amplias competencias al Presidente en su equilibrio con el parlamento abrió, en su día, una discusión jurídico política de vital trascendencia en la articulación constitucional de la democracia liberal. Tras el vaciado institucional propiciado –desde la perspectiva que nos ofrece nuestro tiempo– por el *bismarckismo* y los dos guillemos en una Alemania dominada por las clases altas, este género de cuestiones forjó buena parte de los pilares institucionales a los que, luego, se añadió la jurisdicción constitucional venida del otro lado del Atlántico en el periodo de entreguerras.

Todo este periodo, marcado en Alemania como en toda Europa por la crisis del parlamentarismo y de la ley, desde finales del siglo XIX, y tan sólo remontable tras la segunda gran guerra europea, aún muchas contradicciones. Tantas que permite a autores tan conservadores como Carl Schmitt –del que también se ocupa José Antonio Santos– seguir sirviendo al debate dentro de la izquierda actual. El periodo alemán delimitado por la I y la II Guerra Mundial es tan rico que permite lecturas y sugerencias muy variadas. La

riqueza y las paradojas de los autores que componen esta generación de juristas a la que perteneció Kaufmann siguen sirviendo para discutir el papel del legislador y los jueces en los límites significativos del lenguaje. Nos siguen esclareciendo en torno a si existe un papel creativo en los jueces o una concepción semántica del lenguaje es salvaguardia estricta de esta función en el legislador. Es, precisamente, esta lectura crítica en torno a los principales problemas de la teoría del derecho la emprendida por José Antonio Santos en su magnífico libro sobre este clásico contemporáneo. Precisamente la apertura teórica de los clásicos nos incita a proseguir el diálogo sobre los problemas actuales. Quizás planteando cuestiones más que resolviéndolas y cerrándolas todas. Si volvemos al ejemplo ahora más recurrente, puede afirmarse que no cabe una sola lectura de Carl Schmitt. Su formación dentro, también, de la lectura de Marx le permitió ver la confrontación económica de grandes potencias o de ligas de naciones con pequeñas potencias nacionales como parte de una batalla política que no requiere declarar la guerra para valerse una fijación de precios en el mercado internacional y estrangular así hasta la inanición a todo país que no sea competitivo. No sobra decir convincentemente, como él, que el mercado es una manifestación de la política beligerante y la competencia una contienda con sus consiguientes bajas, en vez de instrumentos de profundización de la rentabilidad. Vale la pena acudir a fuentes alemanas tan conservadoras, como este autor tan recuperado ahora, aunque no cuenten con ser de «izquierda». Pero, además, en este periodo amplio, que obra como telón de fondo no sólo del pensamiento de la socialdemocracia de Arthur Kaufmann sino también del totalitarismo nacionalsocialista, se produjo la teoría social de Max Weber tan favorecedora de la escuela de Frankfurt como de la escuela de Friburgo, tanto de los críticos de la sociedad de consumo como del neoliberalismo que campea. Las mismas tensiones sociales que se dieron en la Alemania previa a las guerras entre elementos tradicionales y racionalistas se dan en Max Weber –impulsor del artículo 41 de la Constitución de Weimar– entre la modernización –burocracia, competencia, especialización, tecnificación...– y el consiguiente desencantamiento del mundo moderno, ya carente, irremisiblemente vacío, de la espiritualidad de las sociedades tradicionales del pasado. Las contradicciones sociales que estallan en las dos grandes guerras europeas son recogidas por la generación de Kaufmann. Una generación que tuvo que sobreponerse a la persecución nacionalsocialista y, además, comprometerse con la reconstrucción universitaria, jurídico institucional y política de Alemania tras la amarga experiencia del holocausto y del totalitarismo. Por ello, es sumamente oportuno hablar en este libro de «Arthur Kaufmann en la *encrucijada* de la filosofía jurídica alemana de la posguerra». El planteamiento de José Antonio Santos no dejará insatisfecho a aquellos lectores que prescindan consecuentemente de la visión unilateral que anula estas contradicciones en las que se dio tanto el pensamiento conservador como el socialista y el liberal en el pasado siglo.

La reconstrucción institucional de Alemania contaba además con un «a priori» que pesaba mucho en aquella generación de autores agrupados en torno al derecho público. Tenían que remontar la «fobia del Estado». La desmesura del Estado bajo el nacionalsocialismo y el estalinismo había sido tal que había que reconstruir la maquinaria estatal alemana bajo la premisa de no gobernar ni demasiado ni demasiado poco (la forma federal de Alemania como constitucionalmente intangible iba dirigida a limitar cualquier nueva tentación de Estado potencia, había que poner límites a «Alemania por encima de todo»). En la Alemania de la reconstrucción, se reusaba la programa-

ción bajo la dirección del Estado y se priorizaba una concepción no intervencionista. Quizás, por ello, sea tanto más interesante la formulación teórica de Arthur Kaufmann por haberse superpuesto a partir de concepciones socialdemócratas, emanadas de su maestro Gustav Radbruch, tanto a la barbarie nacionalsocialista como a concepciones formales del Estado de Derecho. Las visiones liberales de la época carecían de una planificación estatal, lo tenían a gala, o de unos fines de logro de la justicia social. Kaufmann, en cambio, no sólo aspiró a la aplicación de la ley sino a la realización de un contenido material de justicia.

José Antonio Santos ha reconstruido muy documentadamente el horizonte negativo del nacionalsocialismo que tuvo que remontar la generación de la posguerra. Su obra señala los daños causados por el Tercer Reich en Alemania como una herida vivida por Arthur Kaufmann en carne propia, un «fantasma que le perseguiría toda su vida». Kaufmann se encuentra entre los que tuvieron que combatir en las filas alemanas y padecieron las secuelas irremontables del combatiente, a pesar de haber tenido permanente aversión al marasmo iniciado por Adolf Hitler. José Antonio Santos plantea acertadamente si la Constitución de Weimar tuvo tan escasa base social que nació muerta. En el plano social, Arthur Kaufmann, echaba en falta en aquella Constitución un mayor énfasis en los contenidos materiales del Estado de Derecho –liberalismo, pluralismo, igualdad y tolerancia–; en el plano teórico, el positivismo jurídico representado por Hans Kelsen, Gustav Radbruch, Gerhard Anschütz o Richard Thomas se vio duramente confrontado por voces valorativas superadoras como Carl Schmitt y Rudolf Smend que minaron sus fundamentos. Las mismas confrontaciones entre comunistas y socialdemócratas no ayudaban tampoco a frenar la inevitable embestida nazi que se apuntaba en el horizonte totalitario europeo. Todo apuntaba a una «república sin republicanos», en palabras de José Antonio Santos, que se saldaría con un salva patrias, supuesto liberador del complejo humillante de Alemania por haber perdido la primera gran guerra. La posición de Radbruch y Kaufmann era inequívoca. Detestaban tanto el holismo orgánico sobre el que se erigía una concepción del Estado totalitario que desdeñaba a los individuos como las llamadas atávicas a la unidad del Estado nación bajo el Führer. Pero no pudieron evitar que el derecho y la dignidad personal fueran conculcados por el poder totalitario. La exposición de Santos no deja dudas sobre el trauma de Kaufmann debido a que sus colegas filósofos del derecho alemanes siguieran la vesania nazi. Las salidas ante el nacionalsocialismo eran pocas: apoyo, exilio y conformismo disimulado. La escasa resistencia a Hitler tuvo en el profesor Radbruch a uno de sus modelos académicos, dentro de una documentada exposición de los grupos jurídicos que se posicionaron ante el nazismo. Uno de los aciertos del libro de Santos es que logra reconstruir este contexto trágico de Radbruch y Kaufmann. El libro traza de forma amena la evolución académica de ambos autores –su concatenación no ve las diferencias y desacuerdos–. La exposición conceptual rigurosa de sus doctrinas penales y iusfilosóficas no obvia la biografía intelectual contextualizadora de las ideas.

Kaufmann sitúa su concepción de la ciencia jurídica dentro de la división abierta por Max Weber entre ciencias explicativas y ciencias comprensivas. Max Weber consideraba que los fenómenos sociales no pueden explicarse mediante leyes científico naturales sino mediante un análisis cualitativo que requiere de valores explicitados para internarse metodológicamente en la comprensión de cada uno de ellos. De alguna forma, la localización metodo-

lógica de Kaufmann hecha por Santos se sitúa en esta división weberiana, trazada en debate con la sociología que le precedió, pues su concepción de la ciencia del derecho es consciente de la inconmensurabilidad e imposible dominio científico de los elementos jurídicos estudiados. La actuación judicial, la tradición mediadora, el papel de los principios respecto de las normas, ... son aspectos de mayor indeterminación que los elementos explicados por las ciencias naturales. La imposibilidad de descubrir leyes universales explicativas de los fenómenos jurídicos conduce a Kaufmann a situarse en la hermenéutica, entre la ciencia y el arte, para captar verdades particulares para cada fenómeno. El capítulo de conclusiones dedicado por Santos a la posición ecléctica de Arthur Kaufmann entre la hermenéutica y la analítica es muy esclarecedor de sus posiciones. Se trata de un aspecto que conoce también por la coedición –y en buena parte traducción– de una recopilación de trabajos *ad hoc* de Arthur Kaufmann titulada *Hermenéutica y Derecho* (Granada, Comares, 2007, 224 pp.). A partir de una completa documentación bibliográfica, Santos aborda el planteamiento del autor alemán sobre la determinación del derecho para la realidad social mediante un control intersubjetivo que aúna elementos objetivos y subjetivos. Se trata del capítulo central del libro pues se centra en los presupuestos metodológicos de Kaufmann sobre la determinación racional e irracional del derecho. El esfuerzo metodológico de la hermenéutica kaufmanniana por limitar la discrecionalidad en la determinación del derecho, queda plenamente esclarecido en este estudio de Santos en su exposición final sobre la «cuaternidad kaufmanniana» (en expresión de Robert Alexy), simultánea en la interpretación y aplicación del derecho, de deducción o subsunción, inducción o determinación del derecho mediante una solución plausible al caso, abducción o precomprensión para la deducción y la analogía para dos casos por comparación. Su estudio de la tensión sintética de hermenéutica y analítica da cuenta de las dificultades y riqueza de las aportaciones de Kaufmann entre la necesidad de prejuicios en la precomprensión intersubjetiva del sentido y la concepción semántica del lenguaje. La exposición determina qué tipo de filosofía analítica permite el sincretismo con la hermenéutica y cuál se manifiesta como irreconciliable. Y, asimismo, esclarece cuál es la posición hermenéutica de Kaufmann a partir de la filosofía de Jaspers, Jonas, Heidegger y, sobre todo, Gadamer, y su *Verdad y Método* (1960), para conseguir una conciliación metodológica con las *Investigaciones filosóficas* (1953) del segundo Wittgenstein en la formulación de una «teoría del derecho como teoría lingüística del derecho»: para Kaufmann, el derecho es tanto un instrumento coactivo como un medio de comunicación simbólica.

Para concluir en estas posiciones dentro de la filosofía jurídica, Kaufmann ha realizado un prolijo y esforzado, cuando no accidentado, itinerario por la Filosofía del Derecho y el Derecho Penal, pero también entre la carrera académica y la «vida del espíritu». José Antonio Santos reconstruye ese recorrido durante setenta y ocho años de existencia (1923-2001) entre la exposición conceptual, las influencias, los debates y la sociobiografía. Desde sus muy fructíferos años en la Universidad del Sarre en Sarrebruck en los comienzos de los años sesenta, cuando se produce un mayor acercamiento a la Filosofía del Derecho y un cierto distanciamiento del Derecho Penal, a su radicación definitiva en la Universidad de Múnich a finales de esta década y hasta su jubilación, aparece su círculo de formación, sus nombramientos y títulos honoríficos, su defensa del derecho incorrecto en los debates del momento: frente al derecho incorrecto en los conflictos estudiantiles, con el derrumbam-

miento del comunismo y el conflicto Este-Oeste, el desarrollo de la libertad y el Estado de Derecho, etc. José Antonio Santos resalta los rasgos de una tipología del investigador excepcional encarnada en Kaufmann: proximidad por los debates públicos en la política del momento, ilimitada curiosidad de la física a la informática, vocación e impulso investigador propio y colectivo, fuertes convicciones y tolerancia...

El trabajo de José Antonio Santos oscila entre las influencias recibidas por el núcleo filosófico contemporáneo y las tradiciones filosófico-jurídicas que se dan cita en la obra de Arthur Kaufmann. Gustav Radbruch aparece no sólo como quien influye en su discípulo en plena vuelta de la guerra y consiguiente confusión general sino también como quien perfila el campo de intereses y la perspectiva histórica de Arthur Kaufmann. Cuatro años de amistad (1945-1949), fatalmente interrumpida, dejó una huella indeleble. Radbruch le inculca una inquietud cultural muy variada que no se limita al derecho sino que abarca la política, el arte, la filosofía en general,... Esta visión sitúa al derecho como un fenómeno cultural y a la ciencia del derecho como una ciencia de la cultura. La experiencia más influyente de Radbruch en Kaufmann es la de la «antijuricidad legal». Una experiencia que, ante los horrores legales cometidos por el nacionalsocialismo, le puso frente a las insuficiencias de un derecho concebido como derecho válido propiciador de seguridad jurídica. Ambos autores defendieron una concepción del derecho que persigue la justicia material y que, en sentido estricto, no es ni iusnaturalista ni positivista. Más que contribuir al renacimiento del iusnaturalismo, subraya Santos, Kaufmann evitó la hipostatización legal del nazismo. Inevitablemente, no obstante, la teoría crítica de la antijuricidad legal y la apelación a la conciencia individual para determinar al derecho corrupto como extraño condujeron a un resurgimiento del derecho natural y los derechos humanos. La paradoja en las que maestro y discípulo se encontraron es postular un derecho natural de contenido mutable (el hombre como motor del engranaje jurídico-filosófico en su historicidad).

Entre los muchos clásicos que Kaufmann frecuentó –Cicerón fue el primero– está Tomás de Aquino entre los más imprescindibles para su teoría. Lo paradójico de su caso es que ni ofició como neotomista ni cultivó la concepción más frecuente de la «*philosophia perennis*». Como pone de manifiesto José Antonio Santos, Arthur Kaufmann abordó el problema de la ley y el evangelio desde una óptica secular. Se mantuvo muy crítico con el resurgir del neotomismo de la primera mitad del siglo xx, muy enfrentada con el positivismo jurídico y el neokantismo imperante. Para Arthur Kaufmann, la fundamentación jurídica es prioritaria y la religión aparece en un segundo plano pero no desliga los problemas teológicos de los filosófico-jurídicos. Creo que esta perspectiva está teniendo un resurgir contemporáneo muy vivo a partir del debate de Hans Blumenberg con Carl Schmitt sobre la secularización perfecta o imperfecta de la religión en las sociedades modernas y su consiguiente prosecución por autores como Giorgio Agamben o Roberto Espósito. Arthur Kaufmann se encuentra entre aquellos autores que rechazan la escisión entre ser y deber ser o hecho y valor (George Jellinek era en los años de su formación la figura más importante del derecho público de Heidelberg e irradió su teoría de «la fuerza normativa de lo fáctico») para buscar una realización sustantiva de la idea de justicia. Arthur Kaufmann reconoce una dialéctica, muy criticada desde la filosofía analítica, entre contenidos normativos y contenidos vitales. Su concepto sustantivo de justicia reconoce la resistencia al derecho injusto y hace valer la irreductibilidad de la concien-

cia individual para acatar o desobedecer al derecho. Pero su formulación del derecho natural es histórica y descarta la tradición iusnaturalista de un derecho absoluto en el tiempo y el espacio (también defendida por el iusnaturalismo racionalista). Lejos de considerar que el juez es apolítico, Kaufmann subrayó cómo juegan los elementos de la moralidad positiva y principios jurídicos mutables en la resolución de los casos. Su teoría jurídica recupera pautas extralegales que no son marginales o extrañas al derecho. José Antonio Santos desentraña, en este sentido, qué elementos del iusnaturalismo tomista son utilizados por Arthur Kaufmann para abordar la justicia como la correcta decisión para la situación concreta. Se trató de arribar a una ontología relacional que comprende a la persona en sus relaciones con otras y al derecho como sistema de relaciones de los seres humanos entre sí mismos. Uno de los recursos argumentativos que el autor alemán utilizó de forma prudente, a favor de la justicia y de una concepción menos rígida de la ley, es la aristotélica y ciceroniana «naturaleza de la cosa». Precisamente, la orientación directa y plenamente filosófica de José Antonio Santos, su mismo interés por la historia de la filosofía sin ambages, le permite dar cuenta de los fundamentos de un autor formado en la excelente tradición de pensamiento alemán. La exposición del libro cuenta con afirmar cuales son los materiales normativos de su concepto de justicia, sin obviar que Kaufmann opera sin una «teoría de la justicia» cerrada. Actúa más definiendo lo injusto e intolerable que definiendo lo justo. La propia dialéctica histórica del concepto de justicia de Kaufmann se asemeja más a una «teología negativa» que dice qué no es la divinidad y se reserva, hasta la prohibición (judía), su pronunciación. No obstante el análisis de todas las fuentes del concepto de justicia de Kaufmann, su derecho natural es, en todo caso, de corte neokantiano. Pero la finalidad del libro no es la propia de un estricto historiador de la Filosofía del Derecho pues ahonda perspicazmente en los problemas de la interpretación del derecho en excelentes páginas dedicadas, por ejemplo, a las posiciones de Kaufmann sobre la diferencia entre normas y principios a la vista de los planteamientos de Kelsen, Larenz, Esser y Dworkin. El autor del libro, lejos de limitarse a intentar rastrear un concepto de derecho en las tradiciones iusfilosóficas cercanas a Kaufmann, está reconstruyendo también una forma de entender la interpretación y aplicación del derecho por los tribunales constitucionales europeos. Al garantizar los derechos individuales contra mayorías políticas, mediante la aplicación de normas constitucionales y principios, los tribunales constitucionales actúan, según José Antonio Santos, como pacificadores sociales dentro de una etapa posmetafísica.

Bastaría repasar la amplia repercusión de Arthur Kaufmann entre los colegas españoles y extranjeros para cobrar conciencia de la centralidad iusfilosófica de su pensamiento. Al menos, junto a una predominante y muy fructífera filosofía analítica. Minuciosamente, José Antonio Santos ha rastreado en un documentado apéndice a su obra todas las dedicaciones amplias y decididas –así la de su director de tesis, Andrés Ollero, entre otros– o pequeñas y tangenciales que le han precedido y le han acompañado personal y bibliográficamente. Se trata de una rendición de cuentas o agradecimiento que no suele darse en otros doctores jóvenes, con frecuencia, tan pagados de sí mismos que no reconocen otro precedente que el suyo mismo, mayúsculo y único. Pero, además, a su propia generosidad se une un cierto amor por el objeto de estudio: Kaufmann y sus libros, Kaufmann y sus seguidores por todo el mundo. Una querencia imprescindible para un investigador genuino. Se trata de un amor de pertenencia a una comunidad de investigadores que le

lleva por un largo itinerario: España, Chile, Argentina, Colombia, Méjico, Japón, Taiwan, Corea, Grecia, Italia, Eslovenia, Portugal, Hungría,... Algunas de estas influencias las conoce de primera mano dados sus estudios con Ulfrid Neumann –Presidente de la Fundación Gustav Radbruch– en el Instituto de Ciencias Criminológicas y Filosofía del Derecho en la Universidad Johann Wolfgang de Fráncfort del Meno o con el profesor Shing-I Liu, muy reconocido kaufmaniano, en la Universidad Nacional de Taipei en Taiwán. Este libro es una de sus principales investigaciones. Tras este brillante libro, podemos ver cumplida la expectativa de otras excelentes aportaciones de este joven y ya maduro investigador.

Julián SAUQUILLO GONZÁLEZ
Universidad Autónoma de Madrid