

*LA ANALOGÍA ENTRE LA ANALÍTICA Y LA HERMENÉUTICA: H. L. A. HART Y ARTHUR KAUFMANN**

Cristóbal Orrego

1. LA COMPLEMENTARIEDAD DE HERMENÉUTICA Y ANALÍTICA

Es posible una equiparación desde cierto punto de vista entre la nueva teoría analítica del derecho, representada por H. L. A. Hart y sus sucesores (Dworkin, Finnis, Raz, MacCormick...), y la filosofía hermenéutica del derecho, representada por Arthur Kaufmann como uno de sus puntos cumbres. La analogía es una “equiparación de lo diferente según un punto de vista que se muestra como esencial”¹; luego, es posible, a pesar de las diferencias, una analogía entre la analítica y la hermenéutica. El punto de vista esencial es el redescubrimiento de la analogía en el derecho y, con ella, el rescate de los principios que orientan la realización del derecho concreto, es decir, la relativización tanto del punto de vista puramente normativo como de la pretensión de objetividad empírica en el conocimiento del derecho real.

* Este artículo se enmarca dentro de un programa de investigación sobre la evolución reciente de la teoría analítica del derecho, especialmente por la incorporación del estudio de los principios en el razonamiento jurídico. Proyecto Fondecyt 1010711 (2001-2004).

1. Arthur KAUFMANN, *Analogía y “naturaleza de la cosa”*. *Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 1976, trad. de Enrique Barros B., 68. En adelante se cita como ANC.

Al parecer, si nos guiamos por las citas bibliográficas de las primeras obras de Hart o Kaufmann², no se trata de un fenómeno iniciado en un sector de la filosofía del derecho para trasladarse hacia el otro, por influjo doctrinal o académico, ni desde la analítica hacia la hermenéutica ni desde la hermenéutica hacia la analítica. Por el contrario, parece haber inicialmente un desconocimiento mutuo, seguido de una incompreensión recíproca que solamente en el último tiempo descubre la complementariedad y la evolución común. El punto de partida de ese desarrollo es la constatación, casi como en paralelo, del agotamiento del legalismo y aun del normativismo jurídico, porque más allá de las normas o reglas se hallan los principios y más allá de las fronteras rígidamente definidas de antemano –conforme a reglas claras– se encuentra, omnipresente, la analogía del lenguaje y de la intencionalidad que configura la acción: ni siquiera las posibles acciones futuras son concebidas según un modelo unívoco, sino según un tipo de semejanza basado en la experiencia pasada y en la limitada previsión de las circunstancias futuras y de los fines deseables.

Arthur Kaufmann se hace cargo del inicial desconocimiento entre analítica y hermenéutica. Advierte “un regreso a teorías formales del derecho, en particular a la *teoría analítica del derecho*”³ (Hart, Ross, Opalek, Peczenik, Aarnio), que querían “hacer proposiciones rigurosamente razonables, ‘evidentes’ sobre el derecho mediante análisis lógicos del lenguaje, con estricta separación de derecho y moral, así como de lo empírico y lo normativo”⁴. Esas teorías formales “no pueden (...) reemplazar

2. Las pocas referencias de Dworkin a la hermenéutica (a Gadamer) y de Kaufmann a la analítica (Hart, Dworkin) revelan, más que un influjo mutuo, la conciencia de un desarrollo convergente en el otro sector iusfilosófico.

3. Arthur KAUFMANN, *Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, trad. cast. de Luis Villar Borda y Ana María Montoya, 85. En adelante se cita como FD.

4. FD 85-86.

una filosofía del derecho *material*⁵, por lo cual se explica el regreso de la jurisprudencia tópica o retórica (Viewegh, Perelman) y del lema “argumentar en un sistema abierto” inscrito en las banderas tanto de la teoría de la argumentación como de la hermenéutica⁶. El conflicto “analítica *versus* hermenéutica” parece bien establecido: “La corriente analítica acusa a la hermenéutica de ser irracional”⁷. “La hermenéutica, de su parte, sindicada a la analítica por no tener respuesta a los reales problemas de la filosofía del derecho y en general de los hombres”⁸.

Mas no hay tal: ni cabe pedir a la analítica aquello que no pretende ofrecer ni es irracional la hermenéutica. La hermenéutica es una aproximación filosófica –con pleno uso de la razón– que procura “ofrecer luz en los procesos que no son racionales o no puramente racionales, y de esa clase es el proceso de creación jurídica”⁹. Irracional sería cerrar los ojos a esa luz, negarse a admitir la intervención del sujeto humano en la conformación de una realidad que no pertenece al mundo de los entes en sí, sino al orden de la misma razón y voluntad humanas. Esta percepción de que el derecho no es un objeto en el mundo metafísico de los entes en sí, sino que pertenece a un orden de la realidad configurado por la razón del hombre, también se ha abierto paso en la tradición analítica posthartiana¹⁰. Al mismo tiempo, la analítica “no busca en absoluto” las respuestas a los problemas reales o materiales de la filosofía del derecho o del hombre¹¹: ni a los problemas de justificación del derecho ni a los de la antropología jurídica. Kaufmann ve que el aporte de la analítica es complementario, válido dentro de lo que modestamente se propone:

5. FD 87.

6. Cfr. FD 87.

7. FD 88.

8. FD 88.

9. FD 88.

10. Cfr. John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, trad. cast. de Cristóbal Orrego, 167-169 y 186.

11. Cfr. FD 88.

analizar, clarificar. Tal es, en parte, la réplica de H. L. A. Hart a R. Dworkin, quien criticaba la teoría del primero por no hacerse cargo de los problemas de justificación del derecho ni de la función de los principios éticos y políticos como fundamento de las sentencias judiciales correctas. Dice Hart: “No es obvio por qué debe haber o, verdaderamente, por qué podría haber, algún conflicto significativo entre empresas tan diferentes como la mía y la concepción de Dworkin de teoría jurídica”¹². Más brevemente: no estamos en desacuerdo si hablamos de cosas distintas; podemos complementarnos.

Los precursores de “la clara tendencia a abandonar el enfrentamiento y llegar a una cooperación” entre analítica y hermenéutica fueron Georg Henrik von Wright y Karl Engisch; pero ahora se ha de añadir a Dworkin y De Sousa, entre muchos otros¹³. Para una adecuada comprensión de estos acercamientos y de sus razones y autores, según Kaufmann “hay que remitirse sobre todo a A. Ollero”¹⁴. Si bien es cierto que hasta hace poco “la mayor

12. H. L. A. HART, “Postscript”, en *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2ª ed., 1994, 241; citado por la traducción de Rolando Tamayo, H. L. A. HART, *Post scriptum al concepto de derecho*, UNAM, México, 2000, 14.

13. Cfr. FD 88.

14. FD 88. KAUFMANN cita a A. Ollero, *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 1978, *passim*. Cabe añadir que los estudios de Ollero prolongan las intuiciones más importantes de Kaufmann, de manera original, en un contexto, el de la investigación jurídica en lengua española, que desde temprano se ha abierto tanto a la hermenéutica como a la analítica. Pueden verse especialmente Andrés OLLERO TASSARA, *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982; *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, y *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996. En mi opinión, no solamente por Ollero pero muy señaladamente por él, España y el mundo de habla hispana, así como Italia, constituyen un lugar especialmente adecuado para el encuentro fructífero entre analítica y hermenéutica. Un proyecto de esta naturaleza es, en cierta medida, el de Francesco VIOLA y Giuseppe ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamiento di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Bari, 1999.

parte de los analíticos simplemente pasaban por alto la hermenéutica”¹⁵, ahora no es posible. “Ya no se puede plantear de manera absoluta la analítica, pero tampoco la hermenéutica; la una es tan poco prescindible como la otra”¹⁶. Parafraseando a Kant, dice Kaufmann: “analítica sin hermenéutica es vacía, hermenéutica sin analítica es ciega”¹⁷.

La armonía entre la analítica y la hermenéutica puede apoyarse en dos puntos de partida de esas corrientes renovadoras de la filosofía jurídica: la recuperación de la analogía y la aceptación de los principios en la jurisprudencia y en la ciencia del derecho. Se trata de dos redescubrimientos que mutuamente se reclaman. Una analogía no guiada por principios racionales colapsa en nominalismo, pues adscribir voluntaristamente el mismo nombre a realidades no conectadas por semejanzas reales es pura equivocidad. A su vez, los principios prácticos son inaplicables e inenunciables sin el uso de la analogía. Solamente puede formularse un principio mediante lenguaje análogo y únicamente puede concretarse, determinarse en la acción, mediante el reconocimiento de lo semejante desde el punto de vista de una finalidad que opera como principio de razonamiento práctico¹⁸.

Por eso, el pensamiento de Arthur Kaufmann constituye un valioso complemento desde la orientación hermenéutica en filosofía del derecho al nuevo “enfoque hermenéutico” de la teoría jurídica analítica, y viceversa. Como representante de la teoría analítica he elegido a un contemporáneo de Kaufmann, H. L. A. Hart, que ha sido punto de partida de estudios todavía más afines a la hermenéutica, como los de Dworkin, Finnis y MacCormick.

15. FD 88.

16. FD 88.

17. FD 87.

18. La explicación de que los fines operan como principios en el ámbito práctico procede de Aristóteles y Tomás de Aquino. Cfr. John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., 94-96 y 107, y, del mismo autor, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998, 79 ss.

La elección de Hart permite mostrar que la analogía entre analítica y hermenéutica está en el mismo origen de esas orientaciones renovadoras.

2. LA ANALOGÍA EN LA ANALÍTICA DE HART Y EN LA HERMENÉUTICA DE KAUFMANN

H. L. A. Hart, en la línea de la segunda filosofía analítica del lenguaje –la filosofía del lenguaje ordinario de mediados del siglo XX: J. L. Austin, L. Wittgenstein en su segunda época, G. Ryle–, recuperó el principio de analogía: la realidad y el lenguaje son tan complejos que no es posible reducirlos a significados unívocos, ni explicar una realidad mediante una definición esencial. “Muy a menudo el uso ordinario, e incluso el técnico, de un término es bastante ‘abierto’, en cuanto no *prohíbe* la extensión del término a casos donde sólo están presentes algunas de las características normalmente concomitantes”¹⁹. Hart distingue entre casos centrales y casos periféricos de un mismo concepto y explica la “textura abierta” del lenguaje –todo término tiene zonas de aplicación clara y zonas de penumbra– de tal manera que las reglas jurídicas exigen algo análogo a una elección²⁰ para determinar si se aplican o no y cómo se aplican en los casos dudosos. El derecho entendido como conjunto de reglas no puede, por tanto, prever todos los casos, lo cual, además de ser una consecuencia necesaria de la naturaleza del lenguaje y de la complejidad de lo real, es también

19. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1ª ed., 1961, 15.

20. Hart transmite la idea de que no es una simple y pura “elección”, sino algo que tiene la semejanza de o es algo así como una elección: “something *in the nature of a choice* between open alternatives must be made” (*ibid.* 124, énfasis añadido).

un hecho deseable, pues más vale que las reglas puedan adaptarse a situaciones nuevas²¹.

Ahora bien, la recuperación del principio de analogía no abre la puerta a una discrecionalidad irracional. Tanto los teóricos como los jueces no se ven ante la alternativa simple de aceptar o rechazar una convención lingüística, pues, además de estas posibilidades, “existe la alternativa de *hacer explícitos y examinar los principios* que de hecho han guiado el uso existente [...] [L]a extensión de los términos generales de cualquier disciplina sería nunca carece de su *principio o razón fundamental*, aunque puede no ser obvio cuál es”²². Hart se refiere, en este contexto, a las razones para denominar “derecho” al “derecho internacional”²³; pero su pensamiento se extiende también a las razones que orientan el uso de la analogía por los jueces en los casos dudosos –la “elección” en la aplicación de las reglas–: una “elección” que no puede ser arbitraria porque exige mostrar semejanza con un caso típico²⁴. Ciertamente, Hart no enfatizó demasiado la necesidad de acudir a estos principios, pero de ninguna manera defendió una discrecionalidad irracional. En otras palabras, Hart propone algo análogo a una aproximación hermenéutica.

P. M. S. Hacker²⁵ fue quien por primera vez denominó “aproximación hermenéutica” a la metodología de Hart para explicar el derecho, distinguiendo diversos puntos de vista complementarios: el punto de vista externo (sociológico), el punto de vista interno (el de los protagonistas que aceptan el derecho) y el punto de vista intermedio de un observador que, sin aceptar la norma, enuncia descriptivamente lo que otros aceptan, es decir, se hace

21. Cfr. *ibid.* 4, 15-17, 79, 89, 121-124, 209-210, 233-234.

22. *Ibid.* 210. Énfasis añadido.

23. Cfr. *ibidem.*

24. Cfr. *ibid.* 124. Sobre la textura abierta del lenguaje y de las reglas, sin arbitrariedad judicial, véase especialmente todo el capítulo VII.

25. Cfr. P. M. S. HACKER, “Hart’s Philosophy of Law”, en P. M. S. Hacker y J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Clarendon Press, Oxford, 1967, 9 ss.

cargo de la posición de los protagonistas sin ser él uno de ellos²⁶. La “aproximación hermenéutica” de Hart no está conectada con la filosofía hermenéutica continental (Gadamer, Kaufmann), pero coincide en puntos decisivos: el rescate de la analogía, la referencia a principios que orientan la decisión sobre la aplicación de reglas y de términos análogos y la aceptación de que un mismo fenómeno admite diversidad de puntos de vista para su análisis, hasta la afirmación de que el punto de vista del protagonista –el punto de vista interno–, de quien no puede ser imparcial en la captación del fenómeno, tiene una cierta primacía explicativa²⁷.

A pesar de las diferencias que a veces se han enfatizado, esta aproximación hermenéutica une a Hart con Dworkin, Finnis, Raz, MacCormick y otros autores analíticos posteriores²⁸.

Arthur Kaufmann, por su parte, desarrolla el tema de la analogía en el derecho de una manera superior, más consciente, además, de su origen clásico (Aristóteles, Tomás de Aquino)²⁹. No intento recordar aquí sus bien conocidas exposiciones sobre la analogía³⁰, sino mostrar cómo se coordinan y complementan con los descubrimientos –redescubrimientos– de la analítica. Kaufmann recuerda que “la analogía es familiar en todos los

26. Cfr. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, cit., 9-12, 55-56, 79-88, 96, 99-107, 112-114, 197-200, 212, 225-226, 242, 244.

27. Este punto es explicado más profundamente y llevado a sus consecuencias por John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., 37-55 y 264-267.

28. Una exposición detallada de esta continuidad en Cristóbal ORREGO, “Hermenéutica y no cognitivismo ético en la teoría analítica del derecho”, *Ars Interpretandi* 3, 1998, 321-333. Versión italiana: “Ermeneutica e Cognitivismo Etico nella Teoria Analitica del Diritto”, *ibid.* 183-205.

29. En este artículo he omitido la comparación con Tomás de Aquino o autores clásicos en general. Me remito a la exposición de Ollero sobre las conexiones hermenéutica-filosofía clásica a propósito de Tomás de Aquino: Andrés OLLERO, “Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino”, en Andrés OLLERO, *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, cit., 43-53.

30. Véase especialmente *ANC passim* y FD 148-196.

ámbitos de la vida humana”³¹. “Sólo en el derecho y en la ciencia jurídica ella parece estar degradada, cuando se sigue la ‘opinión dominante’, al papel de ‘expiadora de lagunas”³².

En cambio, si se acepta que no hay dos seres iguales, de manera que todo conocimiento conceptual y todo lenguaje suponen una equiparación que toma lo semejante y deja lo diferente *desde cierto punto de vista relevante*, debe admitirse también en el ámbito del derecho que la comprensión de lo jurídico, la creación del derecho y su aplicación... no son procesos separados, sino un *continuum* que exige siempre algo decisivo: “la elección del *tertium comparationis* bajo el cual es observado lo que se ha de comparar”³³, es decir, del punto de vista o principio o razón por la cual es relevante –se justifica– una equiparación analógica, cuando lógicamente sería posible la equiparación contraria³⁴. En consecuencia, la hermenéutica de Kaufmann es mucho más fina que la analítica hartiana, porque rehúsa esquematizar la diferencia entre casos claros y casos dudosos o entre el caso central y los casos periféricos: incluso los casos centrales emergen como tales de un proceso de comprensión hermenéutico. Sin embargo, coincide la hermenéutica con la analítica en exigir razones o puntos de vista relevantes para la equiparación: el juicio concreto sobre el derecho no es una decisión arbitraria, pero tampoco un proceso lógico de subsunción –salvo al final, como “último acto del proceso de creación de derecho”³⁵, cuando todo está decidido–, sino un descubrimiento-creación de la solución ajustada al caso³⁶.

31. ANC 60.

32. ANC 60.

33. ANC 81. Cfr. FD 162-163.

34. Cfr. ANC 81.

35. FD 182.

36. Hart también rechaza explícitamente el modelo de la subsunción o del silogismo para caracterizar lo central del razonamiento jurídico. Vid. *The Concept of Law*, cit., 124. Esto no significa que no haya lugar para un cierto

Entonces es necesario afirmar la peculiar imbricación de las normas –de suyo no deciden nada: requieren equiparación al caso– y de los principios –fundan la justificación de lo relevante para la analogía– en la realización del juicio concreto. A mi modo de ver, tanto la hermenéutica como la analítica –por vías separadas en la teoría; en la práctica, las dos huyendo del legalismo– descubrieron que no era posible rescatar la analogía sin comenzar el proceso de concreción del derecho –sólo existe el derecho concreto– por unos principios orientadores, so riesgo de colapsar en un puro decisionismo. En este contexto, la supuesta crítica de Dworkin a Hart es una elaborada ampliación desde el tímido descubrir de la analogía del lenguaje hacia la audaz concatenación de toda decisión –no sólo en los casos marginales– con los principios fundadores o justificadores de derecho en general. Lamentablemente, Dworkin cede a la ilusión de unos principios capaces de fundar una única respuesta correcta³⁷, supuesto un juez con suficiente capacidad racional, una ilusión que la hermenéutica de Kaufmann nos ayuda a disipar.

3. PRINCIPIOS Y REGLAS EN LA ORIENTACIÓN DE LA ANALOGÍA

De las muchas formas que ha adoptado el reconocimiento de la función de los principios en el conocimiento-creación del derecho, en el razonamiento jurídico, en la estructura del ordena-

uso del silogismo práctico: cfr. John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., 107, y *FD* 136 ss.

37. No es, naturalmente, que no haya casos en los cuales las normas y principios relevantes conduzcan prudencialmente a una única respuesta correcta. Entonces tiene sentido decir que una decisión diversa es errónea o contraria a la prudencia entendida como virtud ética del juez. Sucede que no todos los casos son de este tipo. En muchas situaciones y casos judiciales, el hombre o el juez prudente puede ver varios cursos de acción igualmente compatibles con los principios generales que lo orientan.

miento, etc.³⁸, el modelo de Kaufmann evita a la vez el irracionalismo en la decisión judicial –sin desconocer los elementos no racional-abstractos del fenómeno– y la absolutización de principios abstractos. No incurre ni en el formalismo ni en el escepticismo respecto de la función de las reglas. También aquí su explicación *tiene el mismo sentido* del planteamiento de H. L. A. Hart –las reglas guían la decisión, pero no de modo unívoco sino análogo³⁹–, pero con una superior sutileza; es decir, son explicaciones diferentes pero equiparables desde cierto punto de vista: análogas.

Kaufmann coordina los principios, las reglas y el juicio justo (la *decisión jurídica*) en su propia versión de la construcción escalonada del orden jurídico, distinguiendo tres escalones: (i) “los principios jurídicos abstractos-generales, suprapositivos y suprahistóricos”; (ii) “las reglas jurídicas (normas jurídicas) concretas-generales, formal-positivas, no suprahistóricas, pero vigentes durante un mayor o menor período (‘período legal’); y (iii) “el derecho concreto, material-positivo e histórico”⁴⁰. Esta sucesión lógica se invierte en el plano ontológico: “el derecho concreto está más cercano al ser y más imbuido del ser que la idea de derecho”⁴¹. En este modelo, ninguno de los escalones es prescindible: “ninguna regla jurídica *sin* principio jurídico, nin-

38. Cfr. Rodolfo Luis VIGO, “Los principios jurídicos y su impacto en la teoría actual”, *Persona y Derecho*, 44, 1, 2001, 65–102. Cfr., sobre el mismo fenómeno, Fernando QUINTANA BRAVO, *Prudencia y justicia en la aplicación del derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, 215-242, y, en torno a la evolución del derecho positivo europeo, Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995, 109 ss. y 131 ss.

39. Sobre Hart, cfr. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, cit., capítulo VII: “formalismo y escepticismo ante las reglas”.

40. FD 170. Se ha eliminado el énfasis del original. Cfr. la misma explicación, entre otros lugares, en ANC 49 ss., y en Arthur KAUFMANN, “La estructura ontologica del diritto”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1962, 549–582, en 581-582.

41. FD 170.

guna decisión jurídica *sin* regla jurídica”⁴². Al mismo tiempo, ningún escalón se deduce del precedente: “ninguna regla jurídica *sólo* a partir de los principios jurídicos (...), ninguna decisión jurídica *sólo* a partir de la regla jurídica”⁴³.

Los principios generales –el deber ser, los valores...– no son suficientes para dar origen, por sí solos, a una norma general ni –mucho menos– a una decisión concreta. Son ciertamente suprapositivos, pero por eso mismo sus contenidos no están suficientemente determinados como para constituir derecho concreto y real⁴⁴. Kaufmann rechaza, de esta manera, tanto el iusnaturalismo racionalista como el iuspositivismo legalista: el primero deduce normas de principios; el segundo, decisiones de normas⁴⁵. En su opinión, el derecho nunca consiste en principios generales: tampoco el “derecho natural” de que habla Tomás de Aquino, distinguiéndolo de la “ley natural”, pues todo derecho –también el *ius naturale*– tiene “una existencia concreta y con contenido”⁴⁶. En el caso del derecho natural, se trata de “contenidos jurídicos que, a pesar de ser concretos e históricos, no se encuentran a la libre disposición del legislador, del juez, y principal-

42. FD 170.

43. FD 171.

44. Cfr. ANC 46. Kaufmann reconoce la “ley natural” (universal) como distinta del “derecho natural” (concreto), siguiendo el uso lingüístico de Tomás de Aquino. Cfr. Arthur KAUFMANN, “La struttura ontologica del diritto”, cit., 579.

45. Sobre la superación de la dicotomía iuspositivismo vs. iusnaturalismo, véase FD 61-110 y Arthur KAUFMANN, “Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 17, 1977, 351–362.

46. Arthur KAUFMANN, “El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él”, en Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (comp.), *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000, 223-254, en 231.

mente de los juristas”⁴⁷. Mas esto no significa negar la realidad de los principios generales⁴⁸, sino solamente su uso como panacea para arribar a una única respuesta correcta. Contra Dworkin, Kaufmann se pregunta “si los principios generales del derecho no resultan demasiado abstractos y pobres de contenido como para que *sólo* de ellos pudiera llegarse a concretas decisiones jurídicas correctas”⁴⁹; y sugiere, además, que no parece adecuado plantear una única solución correcta en el ámbito normativo –hermenéutico–, cuando normalmente “muchas diferentes proposiciones jurídicas sobre el mismo problema podrían ser igualmente ‘plausibles’ (...) y en ese sentido ‘correctas’”⁵⁰.

Los principios generales del derecho “son demasiado generales y también muy normativos” para aplicarlos “como en una receta de cocina”⁵¹. Sin embargo, “son tópicos (*topoi*) muy importantes de la argumentación y tienen, por ende, gran peso cuando se trata de la protección de las minorías y de los más débiles”⁵². Kaufmann piensa que las argumentaciones a partir de principios como la regla de oro, el *suum cuique tribuere*, el imperativo categórico, etc., “no son obligatorias”⁵³, en el sentido de que no imponen un resultado apodíctico: “guardan el punto medio aristotélico entre la pretensión de absoluto y la de relatividad”⁵⁴. Ahora

47. *Ibid.* 232. Entiende “derecho natural” como “derecho objetivo justo”, que debe su validez no a la voluntad subjetiva del legislador, y que en cuanto tal es simplemente el derecho concreto, no la ley general ni un principio universal indeterminado. Las leyes pueden ser injustas, pero no el derecho concreto, que es lo justo en el caso. Cfr. Arthur KAUFMANN, “La struttura ontologica del diritto”, cit., 555-556.

48. *FD* 56: “por ejemplo, *suum cuique tribuere, neminem laede, pacta sunt servanda*, la regla de oro, el imperativo categórico, el principio de equidad, el principio de responsabilidad, el mandamiento de tolerancia...”.

49. *FD* 109. Vid., más ampliamente, *FD* 105-110.

50. *FD* 109.

51. *FD* 338.

52. *FD* 338.

53. *FD* 339.

54. *FD* 339.

bien, aunque “rara vez se podrá fundamentar una decisión sólo en un principio tal”⁵⁵, las argumentaciones fundadas en varios principios relacionados entre sí, que confluyeran en una misma conclusión, podrían ser “en alto grado evidentes”⁵⁶. Mas Kaufmann no cree posible describir de manera abstracta y general “la forma como actúan los principios generales en la argumentación”⁵⁷: se trata de algo que solamente puede conocerse examinando ejemplos concretos de argumentación guiada por principios⁵⁸.

No obstante la insuficiencia de los principios respecto de las reglas y de unos y otras respecto de las decisiones, la alternativa no es el *derecho libre*. Una sociedad altamente compleja “no puede renunciar a tener leyes racionales y no podría funcionar si —como sucedía en el derecho natural del siglo XVIII— en detrimento de la ley, cada juez pudiese darle prelación a su ‘discrecionalidad razonable’”⁵⁹. La creación del derecho procede de modo deductivo-inductivo-abductivo: desde lo general a lo particular, de lo particular a lo general y aun desde el resultado intuido como hipótesis hasta su fundamento normativo⁶⁰, al modo del círculo hermenéutico, que no es un círculo vicioso ni mucho menos un proceso irracional, sino un proceso de la razón práctica: no dictado por premisas generales, pero sí controlado en un ir y venir entre lo concreto y lo abstracto, en un proceso de ajustamiento, es decir, de *hacer justicia*⁶¹.

55. FD 338.

56. FD 339.

57. FD 338.

58. Cfr. FD 338.

59. FD 277.

60. Cfr. FD 156-168.

61. Kaufmann piensa que este proceso no permite decidir por adelantado qué es lo justo de manera universal, pero sí arribar a diversas soluciones plausibles y descartar lo que puede identificarse como derecho claramente injusto. Cfr. FD 351 ss. y Arthur KAUFMANN, “Teoría de la justicia. Un ensayo histórico-problemático”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 25, 1985, 37-62, en 62 (este artículo ha sido publicado abreviado como “Qué es y cómo

En el ámbito de la metodología –inseparable de los contenidos: el “qué” del derecho se da en el “cómo”⁶²–, este pensamiento lleva a pasar del *modelo de la subsunción* al *modelo de la equiparación* (o analogía). No se puede renunciar a ninguno de los puntos en el círculo: sin precomprensión es imposible comenzar a pensar en un hecho en cuanto caso (i.e., que cae bajo un tipo, aunque sea hipotético al inicio del círculo de la investigación); pero una adscripción arbitraria de reglas y principios a un hecho, sin un fundamento racional, equivale a no hacerle justicia, a una pura decisión o acto de poder desnudo. Todo lo contrario del derecho, que excluye la arbitrariedad. Así, determinar el *tertium comparationis* que permite equiparar norma y caso “no constituye *acto de conocimiento puro* sino también una *decisión*, y ella tiene que ver, asimismo, con el *poder*”⁶³; es, por tanto, un acto de conocimiento –aunque no *puro*– unido a un acto de voluntad, un juicio de elección racional de la solución justa. No es tan sólo una decisión. “La obtención del punto de comparación no se fundamenta ni en el poder desnudo, ni tampoco en el mero conocimiento, más bien ambos elementos influyen (no es fácil aprehender estos elementos, pero ya nuestro esquema muestra que el proceso de analogía no transcurre conforme a la arbitrariedad ilimitada)”⁶⁴.

‘hacer justicia’. Un ensayo histórico problemático”, *Persona y Derecho*, 15, 1986, 13-30).

62. Cfr. especialmente Arthur KAUFMANN, “Teoría de la justicia. Un ensayo histórico-problemático”, cit., 37-39 y 60-62, y, de él mismo, “En torno al conocimiento científico del derecho”, *Persona y Derecho*, 31, 1994, 9-28. La inseparabilidad de contenido y procedimiento no implica reducción de lo uno a lo otro: “El derecho nace siempre *en un procedimiento*, lo cual no significa, como pretende Luhmann, que sólo pueda hacerlo *mediante un procedimiento*” (“En torno al conocimiento científico del derecho”, cit., 16).

63. FD 183.

64. FD 185-186.

4. NI DERECHO INSTANTÁNEO NI JUSTICIA IRRACIONAL

Lo expuesto lleva a rechazar dos sueños vanos, no menos vanos por tan anhelados en los siglos XVIII al XX: el sueño de un derecho instantáneo –una decisión tan segura que está contenida y unívocamente preanunciada en una norma (positivismo) o en un principio (iusnaturalismo racionalista)– y el sueño o la pesadilla de una justicia irracional –la expulsión del ideal de justicia fuera del ámbito de la ciencia jurídica, sin renunciar a perseguirlo irracionalmente, con todo derecho, en la política...–. Sí podría sorprender que de los dos sueños venga a liberarnos el mismo despertador: hermenéutica, implicación de la persona en el *qué* y en el *cómo* del derecho.

Por una parte, en efecto, la positividad del derecho (de la sentencia o de la regla) es una exigencia de la justicia: un acto de poder eficaz para hacer justicia. Por eso, no existe una positividad instantáneamente accesible al conocimiento jurídico de los principios o de las normas. Para hacer realidad la justicia exigida por el principio de igualdad –tratar de manera semejante lo semejante...– es necesario concretar los contenidos jurídicos, y “en razón de la paz jurídica tiene que *fijarse* de manera autoritativa qué es lo que debe ser derecho válido, la ley por medio de la promulgación, la sentencia judicial a través de la cosa juzgada. Creación de derecho no es, entonces, tan sólo un proceso de conocimiento; es, así mismo, una *decisión*, una exteriorización de *poder*”⁶⁵. En la perspectiva hermenéutica, esta fijación –positividad⁶⁶– no se contrapone a la justicia real, sino que es una de sus condiciones. La igualdad es el núcleo de la justicia, una igualdad proporcional⁶⁷, por tanto analógica, que exige la equiparación de lo diferente desde el punto de vista relevante que permite ajustar caso-norma-principio; pero sin acto humano de equiparación no

65. FD 349.

66. Cfr. FD 349-350.

67. Cfr. FD 296.

hay ni paz (seguridad) ni igualdad: no hay justicia. Así, la misma justicia-igualdad exige un acto de conocimiento analógico y de realización práctica: comenzar por los principios y tomar una decisión, pues “la igualdad es invariablemente un acto de equiparación, y este acto no reposa sólo en conocimiento racional, sino significa, siempre y sobre todo, una *decisión, poder*”⁶⁸. No cabe soñar ya con el *derecho instantáneo*⁶⁹, existente en acto en un principio o en una norma. En todos los niveles es necesario *confiar en el hombre* (y por tanto, análogamente, *desconfiar de él*).

Por otra parte, contra la tendencia frecuente en la analítica –sindicar de irracional o no cognitivista la decisión que añade un *plus* a la insuficiencia de las reglas y de los principios–, Kaufmann no se queda tranquilo constatando que entra en juego el poder o la decisión: no se abandona al relativismo en general ni al decisionismo respecto del derecho justo⁷⁰. La justicia que se hace a partir de principios y de normas no deviene irracional –una irracionalidad residual, marginal y controlada– o meramente discrecional –discrecionalidad en las zonas de penumbra– por el simple hecho de no fundarse *completamente* en aquello previamente dado. Si así fuera, todo el proceso sería irracional de punta a cabo, porque desde la perspectiva hermenéutica la persona que

68. FD 295.

69. Tomo la expresión de Ollero, quien habla de “racionalidad instantánea” (ideal positivista de ciencia) y de “positividad instantánea” (ideal positivista de ciencia jurídica). Según este autor, no puede haber una “positividad instantánea” (el sueño positivista), pues es necesario el proceso de positivación o realización del derecho concreto. Cfr. Andrés OLLERO TASSARA, *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, cit., 122, y, de él mismo, *Derechos humanos y metodología jurídica*, cit., 181-194, especialmente 183-185.

70. Un análisis detallado sobre cómo y en qué medida Kaufmann logra alejarse del relativismo, en Pedro SERNA, “Hermenéutica jurídica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann”, en AA.VV., *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. 2, Universidad, Alcalá, 2002, 737-765.

hace justicia se ve implicada en todos los pasos del círculo hermenéutico. En efecto, la presentación esquemática del escalonamiento del orden jurídico orientado desde los principios generales del derecho hacia la decisión jurídica, pasando por la norma jurídica, “no puede funcionar así”⁷¹ tan simplemente. Ya en las premisas mayores y en los principios nos hacemos cargo de lo que será inferido de allí mismo, y al revés. Los escalones están presentes en una mutua inhesión: los principios en las normas y tanto principios como normas en cada decisión jurídica; las decisiones, preanunciadas en las normas *análogamente* –en su tipo, no unívocamente–, y las normas y las decisiones, fundamentadas –no deducidas– en los principios. Se trata de una dialéctica entre inducción y deducción, de carácter analógico⁷².

La dialéctica analógica entre los escalones jurídicos (o los elementos del círculo hermenéutico de realización del derecho) exige un continuo poner en correspondencia los principios generales con las posibles situaciones consideradas tipológicamente, para crear normas, y, asimismo, poner en correspondencia las normas ya existentes (sus tipos) con “las circunstancias de hecho de la vida”⁷³, de suyo mudables. Ese continuo poner en correspondencia no es irracional, sino todo lo contrario: invita a encontrar la racionalidad del derecho, un punto de comparación que es precisamente la *ratio iuris*. “Ella es el eje de la conclusión analógica, es el fundamento del proceso analógico, tanto del de producción legislativa como del de creación del derecho. Pues ella constituye la mediación de la justicia conforme a los hechos y la justicia conforme a la norma sobre las que trata todo conocimiento del derecho”⁷⁴.

Si se comienza por los principios y se rescata la analogía del conocimiento, especialmente del conocimiento jurídico, se llega

71. FD 282.

72. Cfr. FD 282-286.

73. FD 249.

74. FD 249.

—otro redescubrimiento— a que la justicia es un *ideal racional*, y, más aún, a que todo conocimiento del derecho gira en torno a la determinación de lo que es justo como fruto del ajustamiento hermenéutico entre las exigencias generales de los principios, las más específicas o típicas de las normas y las estrictamente particulares del caso concreto. Tan injusto puede ser atenerse a una norma no aplicable al caso (la excepción que reclama *epieikeia*) como violar una exigencia universal so pretexto de la singularidad de la situación (ética de la situación, proporcionalismo, etc.). También aquí la consecuencia es clara: hacer justicia es confiar en el hombre, porque solamente la inteligencia puede articular la correspondencia de lo justo general y lo justo concreto de manera adaptada a los cambios continuos de la vida —no de los principios—, salvo en algunos casos rutinarios y mecánicos que podrían entregarse al computador⁷⁵. La defensa de principios inmutables no escamotea la complejidad de lo real, pero tampoco permite hacer excepción a los principios so pretexto de “realismo” o de “tolerancia”⁷⁶. Por tanto, confiar en el hombre es ineludible; desconfiar de él, necesario.

Podría plantearse que la introducción del hombre —*confiar en el hombre, desconfiar de él*— no es más que el reconocimiento de los márgenes de irracionalidad permitidos por las reglas. Conviene reiterar que esto es imposible. La determinación de los már-

75. Cfr. *FD* 242.

76. En este sentido, no es de recibo que Kaufmann pase por alto la analogía entre el ser humano no nacido y el ya nacido, dejando a uno de ellos en el limbo del “espacio libre de derecho” (jurídicamente no valorado), sin protegerlo jurídicamente de igual manera. ¿Qué diferencia puede haber entre uno y otro, tan radical como para que el aborto sea jurídicamente “no prohibido-no permitido”, salvo la muy obvia de que toda la cultura “tolerante” milita en su favor? Cfr., sobre la doctrina del espacio libre de valoración, *FD* 407-419; sobre la no prohibición jurídica el aborto, 374, 399, 401, 408-409, 413, 416-417, 446. Cuando se produce este deslizamiento, no extraña que tomen fuerza las analogías —no pretendo negarlas...— entre los los hombres y los animales: cfr. *FD* 399 y 521 ss.

genes mismos también es obra de la razón práctica, por lo que afirmar que la irracionalidad de hombre (del juez) tiene cabida solamente “dentro de los márgenes” permitidos por las reglas equivale a declarar la irracionalidad del sistema normativo en su conjunto: ¡se definen irracionalmente los márgenes!

Kaufmann, en cambio, ve una alternativa a la irracionalidad. Ni el derecho ni el hombre son puramente racionales, pero con esto “no se aboga por una ‘irracionalidad’ más allá de toda razón”⁷⁷. Kaufmann recuerda la distinción entre *ratio* e *intellectus*: *ratio* se refiere a la actividad analítica que descompone, abstrae, fija y separa, mientras que *intellectus* se refiere a la más alta forma de ejecución del espíritu humano que otorga coherencia y unidad al saber. “Lo que no es racional en sentido estricto, no es por ello de ninguna manera *eo ipso* irracional”⁷⁸.

De esta forma, la hermenéutica supera la estrategia analítica de recuperación de la razón práctica. En la analítica se plantea un equilibrio entre racionalidad general y discrecionalidad (voluntad, decisión, poder) controlada normativamente y hasta guiada por principios; pero, si ascendemos en el plano de la fundamentación, los principios últimos también son objeto de elección. En cambio, en la hermenéutica de Kaufmann la elección no es objeto de actividad irracional, sino de un *plus* más allá de la racionalidad: “se puede pretender perfeccionar la racionalidad técnica al máximo pero siempre permanecerá un residuo y ese residuo es *espíritu*”⁷⁹.

77. FD 242.

78. FD 242.

79. FD 242.