



Arthur Kaufmann

Hay ocurrencias, fórmulas abreviadas, metáforas, eslóganes que llevan a los expertos a evocar de inmediato determinados nombres. Con el ‘mínimo ético’ como también con la ‘fuerza normativa de lo fáctico’, surge automáticamente Georg Jellinek. Con la ‘legitimidad a través de la legalidad’ tenemos ante los ojos a un Jürgen Habermas, con la ‘legitimación a través del procedimiento’ anunciamos a un Niklas Luhmann. Quien no asocie la ‘espiral hermenéutica’ con Winfried Hassemer, no puede esperar una buena nota en teoría del derecho y metodología jurídica.

Es interesante lo que dice Hassemer sobre la metáfora: sería “un vástago de la diferencia entre lenguaje y realidad preconceptual”<sup>1</sup>. Ahí estamos ya ante la ‘pre-comprensión hermenéutica’, el ‘círculo’, la ‘espiral’.

Si se entiende la obtención del derecho como una simple *sub-sunción* en el sentido de una deducción lógica, no surge círculo

\* Original en: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag*. Sonderheft (eds. ALBRECHT, P.-A., DENNINGER, E., GRIMM, D., HASSEMER, W., KÜBLER, F., LIMBACH, J., MAHRENHOLZ, E.-G., MEYER, H., NAUCKE, W., SIMITIS, S., STOLLEIS, M. y WEISS, M.), Nomos, Baden-Baden, 2000, pp. 13-16. Traducción del alemán de José Antonio Santos.

1. HASSEMER, W.: *Tatbestand und Typus; Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, 1968, p. 78. Cfr. también, p. 82. Un desarrollo minucioso y con numerosas justificaciones en: KAUFMANN, A.: *Das Verfahren der Rechtsgewinnung; Eine rationale Analyse*, 1999.

alguno, se comprende todo sin dificultad. El inconveniente es que el proceso *real* no se corresponde con esta descripción, ya que no se trata de ninguna tarea matemática. Ningún proceso de conocimiento, que verse sobre *contenidos*, puede evitar el ‘círculo’: la afinidad originaria entre denominación y lo denominado, entre lo mencionado por y en el lenguaje<sup>2</sup>.

¿En qué momento del proceso jurídico entra en juego el ‘círculo hermenéutico’? A modo de ejemplo: X manipula un fax, hace modificaciones en su contenido y/o en el remitente. Cualquiera, no sólo un experto, piensa enseguida en una falsificación de documento. La pre-comprensión hermenéutica y también el sentimiento jurídico dicen: el fax ‘podría’ ser un documento, ‘huele’ a falsificación de documento; aquí surge una ‘sospecha’ de falsificación de documento. El carácter lógico de la pre-comprensión hermenéutica sería el de una conclusión abductiva, como la descubierta por Charles Sanders Peirce, del resultado al caso por encima de la norma. Por medio de esta conclusión se llega a una hipótesis: el fax podría ser un documento en el sentido del § 267 del Código penal alemán. Es interesante que también el *sentimiento jurídico* implica una abducción. Sin conocer la abducción como tal, Gustav Radbruch dijo del sentimiento jurídico: “parte del resultado de antemano, mientras la ley debe prestar posteriormente los fundamentos y los límites al respecto”<sup>3</sup>. Y “el sentimiento jurídico requiere un espíritu ágil, que esté en condiciones de ir de lo particular a lo general y de lo general a lo particular”<sup>4</sup>. Apenas cabe describir mejor la abducción. La pre-comprensión, como abducción, no es una conclusión segura

2. Más en detalle, KAUFMANN, A.: *Das Verfahren der Rechtsgewinnung* (nota 1), pp. 62 y ss.

3. RADBRUCH, G.: *Geburtshilfe und Strafrecht*, 1907, p. 3 = *Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe* (ed. de A. KAUFMANN), Tomo 7, 1995, p. 175 (refundido por Monika FROMMEL).

4. RADBRUCH, G.: *Rechtsphilosophie*, 3ª edición, 1932, p. 103 (8ª edición 1893, p. 199) = *Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe* (nota 2), Tomo 2, 1993, pp. 336 y s. (refundido por Arthur KAUFMANN).

(‘determinación jurídica del resultado’), pero en este punto no se está ante un auténtico círculo. La pre-comprensión hermenéutica es detectable en cualquier determinación del derecho, ¿pues cómo puede saberse si no en qué dirección avanzar; en particular, qué pruebas obtener? Pero se debe tener siempre en cuenta que se trata de una pre-comprensión, de un *juicio provisional* que debe estar abierto a correcciones.

Peirce dijo que la abducción precede a la inducción (la conclusión del caso por encima del resultado de la norma). Así ocurre, también, en el proceso de obtención del derecho. A la pre-comprensión hermenéutica sigue la formación de la premisa mayor y la premisa menor de la conclusión deductiva-subsumitiva. La premisa mayor (también ‘norma concretizada’, ‘norma del caso’, ‘supuesto de hecho’\*\*) a través de la *inducción*; la premisa menor (también ‘comparación del caso’, ‘equiparación’) por medio de la *analogía*. Pero estos dos actos no tienen lugar sucesivamente, sino *al mismo tiempo*; ahí radica el círculo. A esto le es aplicable la afortunada referencia de Engisch al “ir y venir de la mirada entre norma y hecho”<sup>5</sup>.

Volviendo a nuestro ejemplo. ¿Es el fax un documento? Sólo cabe en rigor subsumir y deducir si se da respuesta a esta pregunta. Inducción y analogía preceden a la subsunción (deducción). Qué es un documento, en el sentido del § 267 del Código penal alemán, sólo puedo saberlo cuando sé lo que dice esa norma; lo que dice esa norma sólo puede saberlo si conozco los

\*\* En lo concerniente a la distinción entre *Tatbestand* y *Typus* a lo hora de su traducción, al castellano, se presenta una gran problema. Aunque a primera vista pueda parecer que ambos términos significan lo mismo, en realidad son acepciones totalmente diferentes. Brevemente se puede decir que *Tatbestand* es la norma del Código, mientras que *Typus* es una figura conceptual de la teoría del conocimiento y de la teoría del lenguaje. Por lo tanto, en este contexto procedemos a traducir *Tatbestand* por supuesto de hecho y *Typus* por tipo. Contrastado con el Prof. Winfried Hassemer (N.T.).

5. ENGISCH, K.: *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3ª edición, 1963, pp. 14 y s.; p. 19.

datos relevantes del caso. El ‘supuesto de hecho’ (‘norma concretizada’, ‘norma del caso’) se forma, a partir de la regla (norma), por medio de la interpretación realizada atendiendo al caso. El contenido de hecho se configura, a partir del caso, mediante su construcción atendiendo a la regla (norma). Es preciso resaltar, otra vez, que estos dos actos de inducción y analogía, surgen a la vez y a modo de un ir y venir de la mirada, entre premisa mayor y premisa menor. Aquí tiene entrada la mencionada afinidad de la denominación y lo denominado, entre lo mencionado por y en el lenguaje. Aquí radica el ‘círculo hermenéutico’. El eje del proceder jurídico es la *conformación analógica* de la premisa menor. Esto ya lo vio con total claridad Karl Engisch<sup>6</sup>. Sin embargo, no habló, por lo menos expresamente, de una analogía; pero que la comparación o equiparación de casos reviste un carácter analógico lo resaltó neta y correctamente Karl Larenz<sup>7</sup>.

Con la analogía se compara lo menos conocido con lo más conocido (no es una conclusión, sino justamente una comparación), para determinar lo poco conocido como más igual o desigual con lo más conocido respecto a los puntos dudosos. En el caso ejemplificado, lo menos conocido es el carácter de documento del fax; lo más conocido es el carácter del documento de, digamos, la partida de nacimiento, el pasaporte, el diploma y otros semejantes. Al final se muestran con claridad las características de la explicación de las ideas representadas, de la comprensibilidad del contenido, del conocimiento del otorgante y de la calificación de la prueba. En el fax se dan la primera y la segunda característica, pero las dos últimas características no están tan claras. Si una equiparación o desigualdad es la correcta, no puede aún resolverse, pues debemos obtener a la vez de la configuración del contenido fáctico y del supuesto de hecho

6. ENGISCH, K.: *Einführung in das juristische Denken*, 8ª edición (reimpresión 1989), p. 150.

7. LARENZ, K.: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª edición, 1991, p. 273.

nuevos matices del caso. En cualquier caso tal equiparación o desigualdad no es un *mero acto de conocimiento*, sino también *decisión, valoración y poder*. Es importante para la racionalidad del proceder jurídico, que el que busca el derecho tenga presente este carácter de la obtención del derecho.

Sólo cuando en este proceso 'circular' se constata que el fax es (o no) un documento en el sentido del § 267 del Código penal alemán, puede tener lugar (o no) la subsunción (deducción). Como mera *conclusión analítica* sin embargo no amplía nuestro conocimiento. No proporciona una configuración de las premisas mayor y menor; es sólo un control de corrección en el sentido del conocido 'criterio popperiano'; es decir, la falsación de los fallos lógicos. ¿Qué es pues el 'círculo hermenéutico'? ¿una inadmisibles conclusión viciada? ¿una diallele? ¿una prueba circular? Esto se ha dicho no pocas veces; del modo más agudo quizá Wolfgang Stegmüller<sup>8</sup>. Martin Heidegger y Hans-Georg Gadamer han resaltado por su parte que la hermenéutica es, sobre todo, *filosofía trascendental* y no (primariamente) un método; y en el sentido de la filosofía trascendental el 'círculo hermenéutico' no es círculo alguno, sino una *condición trascendental del comprender*, así como, por ejemplo, no cabe entender la parte sin una comprensión del todo, ni el todo sin la captación de sus partes.

Esta doctrina me parece, en el fondo, correcta. La fórmula expresiva, que ejemplifica el proceso brillantemente, la encontró Winfried Hassemer: no se trata de un 'círculo hermenéutico', sino de una 'espiral hermenéutica'<sup>9</sup>. Esto no es un mero juego de palabras; más bien la formulación de Hassemer revela la verdadera estructura de la hermenéutica. El círculo vicioso regresa al punto de partida, con lo que no se sale del círculo. La espiral, por el contrario, nos hace también regresar, pero no aterriza sobre el

8. STEGMÜLLER, W.: "Der sogenannte Zirkel des Verstehen", en *Natur und Geschichte. X. Deutscher Kongress für Philosophie*, 1973, pp. 211 y ss. (Reimpresión: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975, pp. 63 y ss.).

9. HASSEMER, W.: *Tatbestand und Typus* (nota 1), pp. 104 y ss.

punto de partida, sino que conduce a un plano 'superior'<sup>10</sup>. No aboca a un callejón sin salida, sino que se mueve en un terreno abierto, alcanza nuevos ámbitos, se aproxima a un objetivo alejado del punto de partida, hasta que lo consigue (hasta que, comparados los casos, son equiparados o considerados desiguales).

Algunos dicen que la hermenéutica es irracional; pero la hermenéutica misma no es irracional, sino que se ocupa de lo que, sólo en parte, es irracional. Todo dependerá de ocuparse de que lo irracional se lleve a cabo científica y racionalmente. También para ello ha encontrado Winfried Hassemer una aguda fórmula: es preciso "operar racionalmente con lo irracional"<sup>11</sup>.

10. En este sentido, LARENZ, K. y CANARIS, C.-W.: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª edición, 1995, p. 28.

11. HASSEMER, W.: *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, p. 244.