

ANALOGÍA Y RESPONSABILIDAD: UNA HERMENÉUTICA DEL DERECHO*

Rafael R. Cúnsulo O.P.

Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino

“La terrible originalidad del totalitarismo... se debe al hecho que sus acciones rompen con todas nuestras tradiciones”. Hannah Arendt¹

Introducción

La frase que sirve de exordio a esta conferencia marca tres elementos importantes a la hora de considerar las relaciones entre la analogía, la hermenéutica y el derecho u ordenamiento jurídico, como lo han dado en llamar los positivistas. La tradición es el núcleo central de la reflexión hermenéutica gadameriana² y en ella se vertebra la tarea de comprender que atañe a la humanización del hombre³. Esta humanización del hombre nos permite atisbar un segundo elemento de ella y tan fundamental como el primero, el de la acción libre y responsable. ¿Quién podría afirmar la existencia de deberes y derechos si no hay un sujeto de los mismos? Un sujeto que se reconozca históricamente a sí mismo y básicamente el mismo, pese a los cambios que en toda existencia se da o se procesa⁴.

La pretensión de novedad, de originalidad sin tradición es la búsqueda, inconsciente o macabra, de igualar, de uniformar los criterios de racionalización y de producción de sentido de los contenidos teóricos y de los modos de existencia humana de acuerdo con ‘patrones’ del pretendido proyecto de novedad ‘absoluta’. La fractura con la tradición⁵ ha llevado, de este modo, a la imposibilidad de aceptar la diversidad, el otro, lo diverso que es visto como el peligro al

* Conferencia dictada en la Universidad Autónoma de México, abril del 2001.

¹ *De la historia a la acción*, Paidós, Barcelona, 1995, p. 31

² A ella hago referencia en un estudio anterior. “El concepto de tradición en de H.G.: Gadamer”, en *Actas del VII Congreso Nacional de Filosofía*, Río Cuarto, 1994, pp. 144-149.

³ “La comprensión... es el modo específicamente humano de vivir”, ARENDT, Hannah, *op. cit.*, p. 32. El proceso de humanización, señala Radcliffe, comienza en el lenguaje que posibilita la comunicación humana.

⁴ Cfr. BEUCHOT, M.: *Posmodernidad, Hermenéutica y analogía*, Porrúa, México, 1996, pp. 89-94.

⁵ Esta fractura ha sido obrada, en el nivel político, por los totalitarismos, de izquierda o de derecha, y han llevado como consecuencia trágica las luchas intestinas de la sociedad civil o a la violación del derecho en ella.

que hay que combatir, lo 'antiguo'. La alteridad es constitutiva de la comprensión humana⁶ ya que en ella se salva la distinción sujeto-objeto.

Otro fenómeno, de características similares a la anterior, es la disolución del sujeto obrada en nombre de la defensa de la libertad. La libertad considerada con exclusividad como principio espontáneo y originante de lo nuevo pierde de vista dos elementos de gran valor en un proceso discursivo o de racionalización: ¿desde dónde?, ¿hacia dónde? Quebrado en su historicidad el sujeto 'débil' es manipulable y uniformable por los estándares de los medios de producción masificados y masificantes. La libertad con sujeto débil llega a la contradicción de negar el derecho a la verdadera alteridad, porque no rescata la aplicación diferenciada de la libertad fundamental del individuo.

Sin quebrar la unidad del sujeto histórico y sin anular la aplicación diferenciada, por una parte, y tratando de superar la dialéctica pasado - futuro como absolutos, por otra, hablaremos de la alteridad recurriendo a dos conceptos, uno muy caro para la metafísica de Tomás de Aquino, la analogía⁷ y otro tomado de la filósofa Hannah Arendt, la responsabilidad. Pasemos a tratar el primer punto.

I. Analogía, unidad y diversidad

Pese a los múltiples discursos sobre la tolerancia, en las últimas décadas se ha avanzado más por caminos de fundamentalismos dialécticos que se sustentan en discursos únicos. Estos discursos, sin mediaciones sociales o históricas, pretenden un universalismo 'científico' teórico y de aplicación. En esto coinciden algunos filósofos posmodernos y algunos filósofos analíticos, aunque la perspectiva de abordaje teórico sea opuesta.

Cuando todo discurso vale, la consecuencia 'no querida' es que ninguna palabra puede afirmarse con referencia y el valor del discurso se basa en el poder del mismo. La posmodernidad con su equivocidad deja al débil en manos del poderoso, convirtiéndose 'de hecho' en discurso único⁸.

El discurso de paradigma 'racional - conceptual', que desacredita o deslegitima los discursos alegóricos, logra la referencia a una unidad epistémica pero con la consecuencia 'no querida' de dejar fuera del juego del lenguaje a

⁶ "Si queremos comprender, debemos aceptar la alteridad del texto" Cfr. GADAMER, H.G.: *Verdad y Método, Sígueme*, Salamanca, 1993.

⁷ También la alteridad ha sido pensada desde lo religioso, judío y cristiano, para marcar la necesidad de relación con el otro desde una dimensión existencial o moral.

⁸ No me extiendo sobre la posición de univocistas y equivocistas contemporáneos puesto que ya es un tema ampliamente considerado por el profesor Mauricio Beuchot en diversas obras.

aquellos que escapan a su proceso de unificación y, por lo tanto, sin las riquezas de la diversidad de racionalidades simbólicas.

En cambio, para Tomás todo lo que es o existe, todo lo real, se comunica entre sí porque participa en aquello que los trasciende: el ser; por otra parte, todo lo real, al mismo tiempo, es y se dice de múltiples maneras. Si estas múltiples maneras coinciden en su razón formal, las mismas son llamadas unívocas y si son totalmente diversas son llamadas equívocas. Pero son análogas cuando su razón es parcialmente la misma y parcialmente diversa⁹. Esto nos está marcando que hay grados entitativos. A estos diversos modos de ser en lo entitativo corresponde los diversos modos de predicar porque la diversidad es un agregado, real o de razón, al ser del ente. Esta razón, que es un concepto de la inteligencia, capta aquello por lo cual es diverso y también aquello por lo cual es la misma y en la predicación (en la asignación del nombre) lo expresa.

El carácter analógico del ente viene dado no tan sólo como propiedad metafísica, sino también con una connotación lógica o de predicación. De esto inferimos que la analogía es mucho más amplia que el ente real y adquiere una dimensión de instrumento de aplicación, ya sea al ente real o al ente de razón. Así, podemos señalar la analogicidad de la analogía, la cual en su expresión más elevada se convierte en icónica-simbólica¹⁰.

Los diversos modos de ser tienen una relación entre sí que puede ser limitado, determinado o indeterminado, de acuerdo con el modo de aplicar la razón a los diversos entes, en la cual se fundamenta los dos grandes modos de la predicación análoga: la de proporción y la de proporcionalidad¹¹. En la primera se remarca más la semejanza que la diversidad, en la segunda más la diversidad que la semejanza. La analogía del discurso manifiesta la analogicidad de la realidad, que nos desafía a la trabajosa búsqueda de acuerdos en pos de la verdad.

Estas breves consideraciones sobre la analogía nos permiten tomar conciencia del hondo sustento metafísico que tiene la alteridad. La misma se basa en una igualdad ya sea de origen, de esencia o de determinaciones espacio-temporales, pero no sin diferencia y se funda en la diferencia de cada ente particular por más que haga referencia a algo uno. Así, el discurso analógico no es

⁹ Cfr. *In IV Metaphysicorum*, lec. 1, n 535. Cfr. BEUCHOT, M.: "La naturaleza de la hermenéutica analógica", en *La hermenéutica analógica hacia un nuevo orden de racionalidad*. Plaza y Valdés, México, 2000, pp. 12-13.

¹⁰ Cfr. BEUCHOT, M.: *Tratado de Hermenéutica Analógica*, UNAM, México, 2000, 2ª ed., pp. 185-194.

¹¹ Mauricio Beuchot señala que este modo analógico de interpretar nos devuelve la conciencia de racionalidad del discurso y conciencia de lo finito e infinito. Cfr. *Tratado de Hermenéutica analógica*, UNAM, México, 1997, p. 39.

excluyente de lo otro, ya sea por ambigüedades o por determinaciones arbitrarias, puesto que respeta la razón única y la diversidad simbólica.

II. La responsabilidad como identidad del sujeto histórico

Desde la década del 80 se habla de la crisis del sujeto y de la posmodernidad pero los acontecimientos de los últimos años nos animan a volver sobre estos temas con una mirada nueva. El fracaso del modelo de sociedad del bienestar que se está viviendo en los países desarrollados y los problemas generados por las nuevas enfermedades personales y ambientales tienen la novedad de afectar globalmente a todos y a todo. Frente a este cuadro surge una pregunta inevitable, ¿tienen algún responsable?

No es fácil responder porque lo virtual no sólo afecta al mundo informático sino también a los procesos sociales; cada vez resulta más difícil imputar, en el plano que sea, nada a nadie. ¿La responsabilidad es concepto central para la comprensión de la realidad o, por el contrario, como piensa Nietzsche¹², la libertad es un invento teórico para poder culpabilizar?

La respuesta afirmativa a la segunda alternativa que nos plantea la pregunta precedente, conlleva la necesaria exculpación por los más diversos motivos, ya sean sociológicos o psicológicos, llevando directa o indirectamente a la inimputabilidad y su consecuencia más dramática la corrupción. Enzesberger lo expresa con mucha ironía: "Siguiendo esta lógica (la de Nietzsche), sólo los terapeutas podrían plantearse dudas morales al respecto, al ser los únicos capaces de comprender la situación. Y, puesto que todos los demás no son responsables de nada, y mucho menos de sus propios actos, ya no existen como personas, sino únicamente como destinatarios de la asistencia social"¹³.

A esta perspectiva nietzscheana, se agregan los discursos de los posmodernos y los filósofos analíticos, que rechazan la idea de un yo estable, permanente, continuo para proponer un yo múltiple, discontinuo, heterogéneo, que no tiene obligación alguna de reconocerse en ese agente del pasado al que otros atribuyen conductas.

Para Hannah Arendt en la acción se expresan la alteridad y la responsabilidad, en ella el ser humano puede distinguirse de los demás y, al mismo tiempo, puede comunicarse a los otros: "la acción muda no existe, o si existe es irrelevante; sin palabras la acción pierde el actor"¹⁴, el actor con la palabra anuncia lo que esta haciendo, lo que ha hecho o lo que intenta hacer. La vinculación entre actor y

¹² Cfr. "La voluntad de dominio", en *Obras Completas*, Aguilar, Buenos Aires, 1996, vol. IV.

¹³ ENZESBERGER, H. M.: "Perspectivas de la guerra civil", *Anagrama*, Barcelona, 1994, p. 36.

¹⁴ "Labor, trabajo, acción". en *op.cit.* p. 104.

palabra nos inserta en la responsabilidad porque por la palabra se conoce al dueño de la acción; en definitiva la acción sin un quien carece de sentido. Pero su responsabilidad queda de manifiesto porque él es el único capaz de iniciar algo nuevo con su acción y “toda nueva acción y todo nuevo comienzo cae en una trama ya existente”¹⁵, con lo cual la responsabilidad se convierte en corresponsabilidad¹⁶. Lo más propio de la condición humana y su accionar se expresa por este poder de iniciativa, de iniciar algo nuevo en el mundo¹⁷.

La acción humana tiene dos características: por una parte, la fragilidad ya que no puede prever todas las consecuencias de su accionar, sus resultados últimos porque el hombre “actúa dentro de un medio en donde toda reacción se convierte en una reacción en cadena”¹⁸. Arendt no está hablando aquí de los efectos indeseados de una acción, tan de moda hoy, sino de la inclusión del futuro que nace de la conciencia de la propia causalidad del sujeto de la acción. Por otra parte sus acciones son irreversibles, no puede destruir lo que ha hecho para bien o para mal, se puede parafrasear a Pilatos, diciendo: ‘lo hecho, hecho está’. Esta capacidad de resistencia de la acción sería del todo insoportable si no tuviera remedio en su propio terreno.

La vinculación entre acción y actor mira tanto al pasado como al futuro, hacia donde lo lanza y lo ata la responsabilidad, porque puede hacer y mantener promesas¹⁹. Esta nueva perspectiva de la responsabilidad nos permite superar lo que se considera invencible fatalidad o desoladora contingencia y permite, de alguna forma, acceder a la inteligibilidad de las acciones humanas que van dando sentido a la historia. Así, el sujeto fuerte, libre y responsable, hace comprensible la unidad y la diversidad de opciones concretas, sin enfrentamientos aniquiladores del otro.

III. El problema de la aplicación y la hermenéutica jurídica

Para reconocer el carácter fundante de la analogía y de la responsabilidad con respecto al derecho tenemos que plantear del método de la hermenéutica que aparece vinculado a la hermenéutica jurídica, Betti y Gadamer, entre otros, a la hora de hablar de la aplicación como tarea de la comprensión²⁰.

¹⁵ *Idem*, p. 105.

¹⁶ El deterioro creciente del habitat humano nos puede claramente dimensionar los alcances de la tesis de Arendt.

¹⁷ Cfr. ARENDT, Hannah, “Comprensión y política”, en *op. cit.*, p. 46.

¹⁸ “Labor, trabajo, acción”. en *op.cit.* p. 105

¹⁹ El perdonar puede redimir la acción humana de su fragilidad, porque la culpa no se hace inevitablemente condena.

²⁰ Cfr. *Verdad y Método*, Sígueme, Salamanca, 1993, pp. 378-396

Para elucidar el sentido de aplicación que está presente en toda comprensión hermenéutica, Gadamer pretende recuperar la ética aristotélica porque comprender “es un caso especial de la aplicación de algo general a algo concreto”²¹, es decir, es una forma de *phrónesis*. La *phrónesis* se entiende como una forma de conocimiento que incluye una mediación positiva entre el universal y el particular. Lo elegido entre varias posibilidades entra a formar parte del ser del hombre y van constituyendo su praxis. En este juego, las distintas opciones particulares no se destruyen entre sí²² y van alternando lo universal y lo particular. Por tanto, la *phrónesis* tiene un carácter práctico y, al mismo tiempo, es práctica porque engloba la racionalidad que busca los medios adecuados para alcanzar el fin y el hallazgo del fin mismo.

Así, él resalta el carácter explicativo de la aplicación, porque ésta también pertenece al dominio de lo práctico con remisión a lo teórico: “la aplicación no es una parte última y eventual del fenómeno de la comprensión, sino que determina a ésta desde el principio y en su conjunto”²³. El que quiere entender algo, lo hará asumiendo su situación dada. Puesta en juego la aplicación, la comprensión se completa y perfecciona en la realización histórica.

Si la aplicación tiene una doble dimensión, ¿cuál es el estatuto epistemológico?, ¿es de orden teórico o práctico?, ¿cómo aplicarlo a la hermenéutica jurídica? La tarea de la hermenéutica jurídica ha sido comprendida por Savigny como una tarea puramente histórica y teórica. En la comprensión teórica, el intérprete tenía que equipararse con el lector originario por un proceso psicológico, descuidando la tensión entre el sentido originario y el actual y la que las mismas tienen con la aplicación al caso particular. Es verdad que el jurista siempre intenta referirse a la ley en sí misma pero sabe que su contenido normativo tiene que determinarse respecto al caso al que trata de aplicarla. Por ello Gadamer considera que, la concepción de Savigny, es jurídicamente una ficción o simplemente la confunde con la tarea del historiador del derecho²⁴.

Betti, por otra parte, busca dar a la hermenéutica jurídica una metodología que le permita superar el subjetivismo. “Él formula todo un canon, dirá Gadamer, en cuya cúspide está la autonomía de sentido del texto”²⁵, pero para establecer el sentido del texto recurre también a la “interpretación psicológica”,

²¹ *Idem*, p. 383. Más adelante, Gadamer, refiere la diferencia que Aristóteles hace entre *epísteme*, *phrónesis* y *tekne*.

²² Cf. Tomás de AQUINO, *Suma de Teología*, I. q. 83, a. 1, c. Además usa este argumento para mostrar la apertura del alma humana, que es un signo de su espiritualidad.

²³ GADAMER, H. G.: *op. cit.* 396.

²⁴ Cfr. *Idem.*, 397-399

²⁵ *Idem*, p. 605.

que lo devuelve al subjetivismo del que quería escapar. Con su metodología, Betti logra efectivamente superar la tensión entre interpretación teórica y aplicación práctica pero aplicándola desde el sentido originario.

A nuestro entender, Gadamer afirma una doble comprensión, la cual es necesariamente teórico-práctica. La primera corresponde a quien debe juzgar a otros y la segunda a quien debe juzgar para producir su propia acción o su acción ya realizada.

El Juez, “lo que intenta reconocer es el significado jurídico de la ley, no el significado histórico de su promulgación”²⁶. Con esta afirmación, Gadamer, intenta definir la labor teórica de la hermenéutica jurídica, la cual hace referencia al auténtico procedimiento de las ciencias del espíritu, en las cuales hay un modelo de relación entre pasado y presente, en el que éste pone la pregunta desde la cual se interpreta la tradición que nos ha llegado o a la cual pertenece el intérprete. Tenemos que hacer notar que la ley sólo se puede interpretar si es vinculante y no puede ser abolida por una autoridad arbitrariamente.

“La tarea de la interpretación consiste en concretar la ley en cada caso”²⁷. El juez tiene la tarea de ponderar la norma en su conjunto pero él mismo se halla sometido a la ley. Esto es lo que garantiza la seguridad jurídica del estado de derecho. La referencia a la ley como a algo uno e igual para todos no elimina la variabilidad que entra en juego por el lado del caso concreto en el cual la ley se tiene que aplicar. Por eso, la afirmación irrefutable de nuestros días, “*todos somos iguales ante la ley*”, la entendemos analógicamente, es decir, con referencia a algo uno, en cuanto a estar sujetos a ella y en referencia a lo múltiple, en cuanto su aplicación exige la ponderación del conjunto del ordenamiento jurídico y el discernimiento del caso particular. También, quien aplica analógicamente una ley a otro, debe considerar al otro como agente capaz de responder, agente capaz de phrónesis, porque sin ella no se inicia nada nuevo. Aquí la hermenéutica jurídica tiene un carácter principalmente teórico pero teniendo en cuenta la posibilidad de aplicación al caso particular porque en él actuó un sujeto responsable.

La comprensión unívoca ha dado por resultado las más variadas formas de corrupción por el modo arbitrario de escapar del ámbito de la ley y del ordenamiento jurídico y la comprensión equívoca ha recurrido a la teoría del sujeto débil para convertir la ley en algo absolutamente relativo. Sin la posibilidad de comprensión analógica, en la comprensión teórica, y sin la responsabilidad en la aplicación práctica, nos hallamos frente a la fuente más grande de injusticia.

²⁶ *Idem*, p. 400

²⁷ *Idem*. 401

El caso paradigmático de la obediencia que presenta Gadamer, nos permite desarrollar el segundo modo de la comprensión que tiene la hermenéutica jurídica. Para quien debe cumplir la ley, "el verdadero sentido de la misma... se determina en la concreción de su ejecución 'adecuada'. Esta es la razón por la que existe una negativa explícita a la obediencia, lo que no quiere decir simplemente desobediencia, sino que se legitima por el sentido de la orden y la concreción de la misma que queda a cargo de uno"²⁸.

Manteniendo el principio 'todos somos iguales ante la ley' y su comprensión analógica, cabe señalar que en el paradigma de la obediencia el peso mayor recae sobre las condiciones de aplicabilidad que el sujeto debe sopesar, evaluar para que efectivamente se cumpla la ley; evitando, así, que se respete solamente su literalidad y no su sentido y, al mismo tiempo, que se respete su sentido con referencia a su literalidad. La tarea de la *phrónesis* tiene un carácter hermenéutico relevante en el momento de la aplicación. Su responsabilidad aplicada debe tener en cuenta, la racionalidad analógica del legislador y del juez.

La comprensión unívoca, literal de la ley, ha llevado a casos aberrantes como, por ejemplo, a la 'obediencia debida', la cual es un modo de aplicación 'ciega' de una orden o ley. Entenderla equívocamente, nos conduce al sentimentalismo de la acción sin referencia a leyes o normas, al eterno adolescente que 'hace lo que quiere', que, en dimensiones sociales, es fuente de toda desorientación existencial.

Sin la responsabilidad, como *phrónesis* aplicada, que cabe a cada sujeto histórico, las acciones iniciadas por los individuos o los diversos grupos sociales pueden llevarlos a cometer errores que dañan a los demás, al medio ambiente y a las relaciones humanas, irreparablemente en muchos casos por la imposibilidad de rectificaciones futuras. La analogía, en el marco teórico, que permite un más y un menos, se convierte en luz para la comprensión de la *phrónesis*, que sin ella sería 'ciega'; a su vez, la responsabilidad contiene la ley en la acción prudencial.

IV. Línea conclusiva: la comprensión analógico-prudencial del derecho salvaguarda la libertad e historicidad del hombre

La analogía nos permite la comprensión teórica de la ley, mediando la tensión que existe entre el universal, asumido unívocamente y los particulares, considerados equívocamente, y la responsabilidad es la comprensión aplicada que media entre la corrupción, de los que están por encima de la ley, y la inimputabilidad de los que son sujetos incapaces o 'débiles'.

²⁸ *Idem.* 406-407.

Este doble fundamento hace de la hermenéutica jurídica un instrumento para salvaguardar la alteridad, para 'tener en cuenta al otro', en lo que es más humano del otro: su capacidad de comprender y su capacidad de adueñarse de sus acciones, como Aristóteles definía al hombre libre. Acaso, ¿no es la tarea principal del derecho y de la ley, el permitir el crecimiento en libertad de los seres humanos? ¿No es éste el principal derecho humano?

En nuestro mundo globalizado, 'desbocado' y virtualizado, ¿podemos aún abrirnos a la gratuidad de semejantes dones? ¿Creemos que somos autosuficientes para hacerlos crecer o necesitamos pedir fuerzas realizarlos y realizarnos en ellos? Ayudados por una mujer recobremos la valentía de pedirlos: "En este sentido podemos todavía aceptar la antigua plegaria a Dios del Rey Salomón... para que le fuera concedido 'un corazón comprensivo', como el mejor de los dones que el hombre puede recibir y desear. Lejos de todo sentimentalismo y de toda rutina, sólo el corazón humano puede asumir la carga que el don divino de la acción... ha colocado sobre nosotros. Salomón pedía este don particular porque, siendo rey, sabía que ni la pura reflexión, ni el simple sentimiento, sino sólo 'un corazón comprensivo' nos hace soportable el vivir en un mundo común, con otros que siempre son extraños, y nos hace asimismo soportables para ellos"²⁹.

No es una súplica piadosa, es el modo de tomar conciencia que tenemos que custodiar la libertad, nuestra libertad, comprendiendo que no compite con otras libertades sino que se entrelazan entre ellas, con referencia a algo que está por encima de ellas, a la cual le prestan analógica y prudencial obediencia.

²⁹ ARENDT, Hannah, *De la historia a la acción*, Paidós, Buenos Aires, 1995, p. 45.