

FILOSOFÍA HERMENÉUTICA Y DERECHO

Juan Antonio García Amado
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León

PALABRAS CLAVE:

hermenéutica, interpretación jurídica, ontología jurídica, metodología jurídica, aplicación del derecho, decisión judicial.

RESUMEN:

Se analiza cuál ha sido la recepción de Gadamer en el pensamiento jurídico. La tesis que se mantiene es que la hermenéutica de Gadamer se ha usado sobre todo para defender una ontología jurídica que ve el derecho como un objeto en permanente constitución y haciéndose en el proceso de su interpretación y aplicación. Sin embargo, la filosofía de Gadamer no aporta soluciones para el problema central de la teoría de la interpretación en el derecho, que es el problema de la racionalidad de la actuación judicial. Se ejemplifica todo esto mediante la referencia a autores como Arthur Kaufmann y Josef Esser.

Key Words:

Hermeneutics, juridical interpretation, juridical ontology, juridical methodology, applications of law, judicial decisions

Summary:

This paper investigates the reception that Gadamer has received in the field of legal thinking. The view put forward is that Gadamer's hermeneutics have been used above all to defend a juridical ontology that sees law as an object that is constantly being created or made through the processes of interpretation and application. However, Gadamer's philosophy offers no solutions for the central problem in the theory of interpretation in law, which is the problem of rationality in judicial actions. These points are exemplified through references to scholars such as Arthur Kaufmann and Josef Esser.

I. Dilemas de la ontología jurídica. I.1. El derecho como objeto dado. I.2. El derecho como construido en su praxis interpretativa/aplicativa. II. Propósitos de la metodología de interpretación jurídica. III. ¿Qué aporta la hermenéutica de Gadamer a la teoría del derecho? IV. La recepción de la hermenéutica filosófica en la filosofía del derecho. Los ejemplos de Arthur Kaufmann y Josef Esser.

El derecho es, quizá con la teología, la disciplina más inmanentemente abocada a la interpretación, más mediada -y mediatizada- en su labor y sus resultados por una constitutiva, permanente e ineliminable hermeneusis. "Interpretación" es uno de los términos más repetidos y con más relevante protagonismo tanto en las obras teóricas sobre el derecho como en su práctica de todo tipo, comenzando por la jurisprudencial. Cabría, pues, pensar que la contemporánea filosofía hermenéutica, con Gadamer en su centro, se ha incorporado al elenco de categorías y concepciones con que el jurista teórico y práctico piensa y explica su

labor. Mas no es así, verdaderamente; o no lo es en la medida que se podría esperar. Muy esquemáticamente, cabe adelantar dos razones, que, en parte al menos, se irán desglosando a lo largo de este trabajo: por un lado, en lo que a la hermenéutica le importa, la teoría y filosofía del derecho tienen sus propias tradiciones explicativas y la filosofía hermenéutica va poco más allá de ellas, al menos en el sentir del jurista; por otro, en lo que más importa al derecho, que es el hallazgo de reglas o métodos del correcto y racional decidir, la filosofía hermenéutica no proporciona soluciones.

Explicemos, con brevedad, esos dos asertos. En cuanto al primero, desde comienzos del siglo XX, por lo menos, se fue abriendo paso en la teoría del derecho la idea de que el derecho no se agota en el texto, en el puro enunciado legislativo, de que la labor interpretativa es una mediación irremplazable para la concreción del enunciado legal, a fin de poder aplicarlo a los casos que con él han de resolverse, y de que esa interpretación, que tiene un componente siempre creativo, contextual y personal, es constitutiva o co-constitutiva (según el radicalismo de la respectiva teoría) de la norma jurídica misma, del propio objeto derecho. En lo que al jurista le interesa, la obra de Gadamer añade posiblemente profundidad -y elegancia- a esa visión, pero poca novedad.

En cuanto a la afirmación de que la filosofía hermenéutica no aporta las soluciones que el jurista busca, se quiere decir que la hermenéutica gadameriana se detiene precisamente allí donde más interesa en derecho la teoría de la interpretación: a la hora de proporcionar pautas del correcto interpretar, criterios de racionalidad u objetividad interpretativa. No olvidemos que en la praxis de aplicación del derecho se pide a los jueces que obren con imparcialidad y objetividad, evitando en lo posible que su decisión esté condicionada por puros datos subjetivos, prejuicios, simpatías, etc. Y puesto que hay plena conciencia de que esa praxis de aplicación de las normas jurídicas es, en una parte importantísima, práctica interpretativa de textos legales (y de hechos), lo que se busca es una metodología jurídica normativa que marque los criterios de la correcta -en el sentido de racional, objetiva, intersubjetivamente aceptable, respetuosa con la separación de poderes y el valor de las respectivas voluntades en el entramado del Estado de Derecho- asignación de significado a los enunciados legales. Tal cosa, es bien sabido, ni la da ni intenta darla la hermenéutica existencial al estilo de Gadamer.

Con lo dicho no se pretende dar por buena una situación, sino mostrar su porqué. Dar a la hermenéutica lo que es de la hermenéutica significa reconocerle su legítimo lugar entre las más influyentes explicaciones de la constitución del individuo y las sociedades. Pero

quedarse, sin más, en sus explicaciones, implicaría renunciar a partes cruciales de la filosofía moral, política y jurídica, dejar sin respuesta (o sin sentido) preguntas determinantes que tienen que ver, siempre, con la búsqueda de patrones normativos, llámense de justicia, de bondad, de legitimidad, de racionalidad, etc.

Desarrollemos todo esto y veamos la recepción que de la hermenéutica ha habido en la filosofía y teoría del derecho y hasta dónde ha llegado o puede llegar su operatividad en ellas. A tal fin, dividiremos la cuestión en dos grandes apartados, el de la ontología jurídica y el de la metodología de interpretación y aplicación del derecho.

I. Dilemas de la ontología jurídica.

Es un lugar común echar mano de la famosa afirmación kantiana sobre la dificultad para definir el derecho. Dentro de la filosofía del derecho las escuelas o doctrinas se enfrentan, en el fondo, por razón del tipo de realidad que al ser del derecho se le asigne, y las posturas se extienden en un amplísimo abanico que tiene uno de sus extremos en el empirismo radical y el otro en un no menos radical idealismo. Pero, en lo que aquí nos importa, no toca repasar toda esa escala de concepciones ontológicas de lo jurídico. Partiremos meramente de una contraposición un tanto simplificadora, por mor de la claridad de lo que queremos llegar a mostrar sobre la aportación de la filosofía hermenéutica en esta cuestión. Con ese propósito, dividiremos las concepciones sobre el ser del derecho en dos grupos: las que lo ven como objeto dado y acabado en todo lo que para su realidad última cuenta, y las que lo contemplan como en permanente devenir, en continua (auto)recreación, en dependencia de la actividad de un aplicador que es, al tiempo, (re)constructor del mismo. Para los primeros, el derecho es objeto que antecede a la actividad de su manejo; para los segundos, el derecho es (en todo o en parte) el resultado de esa actividad de manejo aplicativo del mismo; para los unos, el derecho está hecho antes de que entre en juego quien lo interpreta y lo aplica a los casos; para los otros, la interpretación y aplicación es parte de la producción misma del objeto llamado derecho, de su realidad constitutiva. Para simplificar, denominaremos a estas dos concepciones respectivamente como del derecho como *dado* y del derecho como *construido*, en el entendido de que con esto último queremos decir construido en todo o en parte en el acto mismo de su interpretación/aplicación.

I.1. El derecho como objeto dado.

Esta concepción ontológica de lo jurídico nos interesa aquí sólo como elemento de contraste con lo que será la ontología jurídica opuesta, que es la que resulta afín a los

planteamientos de la hermenéutica filosófica. Por tanto, nos limitamos a enumerar algunas teorías de este tipo, a título de mera ilustración.

La ontología del derecho como dado podemos verla representada en la atribución al derecho de muy distintas naturalezas. No se pierda de vista que lo que cuenta no es la respuesta acerca de en qué consistan los materiales de lo jurídico (hechos sociales, hechos psicológicos, valores...), sino el que con cualquiera de esos materiales el derecho se presente ante nuestra mirada como una realidad acabada, como un objeto predefinido a nuestro (y al de los operadores jurídicos) conocer o usar del mismo. Que sea una realidad acabada significa que el ciudadano o el operador jurídico no pueden condicionar su esencia ni determinar sus contenidos, sino, todo lo más, precisarlos o concretarlos en aspectos secundarios.

Pues bien, podemos ejemplificar este tipo de ontologías con el iusnaturalismo, el imperativismo y el normativismo, tomados los tres en una versión escasa en matices y a sabiendas de lo mucho que debatir sobre los pormenores y las variantes de cada caso. La del iusnaturalismo es una ontología jurídica idealista, al menos en lo que tiene que ver con esa parte más alta del derecho que serían las normas de derecho natural. En efecto, la cúspide de todo derecho posible estaría ocupada por normas que no han sido creadas por ninguna persona, ni resultado de ninguna precisa circunstancia histórica o social y cuya validez y obligatoriedad no depende de que sean conocidas o acatadas, o no, por los individuos o las sociedades. Esas normas, que son parte de un orden natural de la creación o del mundo, constituyen lo que podríamos llamar un deber descarnado, inmaterial, ideal, pues sus contenidos, así ideales, valen al margen de los hechos y de las opiniones, en tal condición obligan siempre y en todo lugar y son suficientemente precisos para guiar al juez y al ciudadano, sin que, en absoluto, sea la interpretación de éstos la que determina su núcleo de significación o de valor. Hay algo, pues, un núcleo de normación concreta, que antecede a toda interpretación (aunque en lo accesorio sea también interpretable) y, más aún, a toda acción humana, legislación incluida.

El imperativismo pone la esencia de lo jurídico en componentes volitivos. La materia del derecho es materia psicológica. Norma jurídica, parte de lo que llamamos el derecho, es aquel mandato que expresa una voluntad o deseo de una persona que ostenta la posición del soberano. Y una tal posición de soberanía depende de otro dato psicológico, esta vez de los ciudadanos o súbditos, como es la especial consideración que da lugar al hábito de obediencia a los mandatos precisamente de esa persona o personas. El ejemplo más claro, incluso en su

elementalidad, de estos planteamientos lo proporciona John Austin¹, el famoso jurista inglés del XIX. Baste aquí señalar que el derecho, con esta visión, viene dado y se agota en los precisos contenidos de voluntad del emisor de la norma.

La de normativismo es una categoría aún más compleja. Aunque sea caricaturescamente, la podemos caracterizar como la propia de aquellas teorías que ven la esencia de lo jurídico en un terreno ontológico independiente (aunque no carente de relación, por supuesto) de los puros hechos (fuerza, voluntades, sensaciones...) y de los valores (justicia, seguridad, paz...) y consistente en una peculiar forma de ser que es la forma de ser de lo normativo, del *Sollen*. El derecho, como objeto, cobra así su autonomía conceptual, ontológica y epistemológica, por cuanto que lo que hace que una norma sea parte del derecho no es ningún hecho en sí mismo (que alguien lo mande o lo acate), ni ningún juicio sobre su contenido, sino su relación con otras normas del mismo sistema jurídico que le transmiten ese especial sello o carácter definitorio de la validez jurídica, del ser derecho y no (meramente) otra cosa. Por tanto, lo que el derecho es, y el que una norma sea derecho, no depende en nada esencial (y salvo casos extremos) de lo que el intérprete haga o de cómo el juez la aplique, por mucho que esa interpretación y aplicación sí puedan verse como muy relevantes a efectos del juicio moral o político sobre la práctica del derecho. Si hubiera que ponerle un nombre a esta concepción, deberíamos mencionar a Kelsen.

I.2. El derecho como construido en su praxis interpretativa/aplicativa.

A lo largo del siglo XX se han ido acrecentando las visiones del derecho que podríamos llamar desustancializadoras, negadoras de que lo jurídico tenga una esencia consistente preestablecida al tratamiento práctico de los casos que en sede jurídica se deciden. El derecho, por tanto, ya no se corresponde con lo como derecho dado antes de la decisión, sino que es la suma de lo así dado más lo construido con ocasión del proceso decisorio mismo. Lo que varía entre doctrina y doctrina es la proporción que respectivamente se asigne a lo dado y lo construido². El planteamiento más radical es el de algunos de los autores del llamado realismo jurídico, para quienes el nombre de derecho lo merece sólo lo que los jueces

¹ Puede consultarse la mejor obra reciente sobre dicho autor: TURÉGANO MANSILLA, I., *Derecho y moral en John Austin*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. Sobre el imperativismo vid. pp. 258ss.

² Recientemente se ha editado en España una traducción de uno de los libros más influyentes, a principios del XX (el original francés se publicó en 1899), en ese cambio de orientación de la metodología jurídica. De su autor, Génny, parafraseo la distinción entre lo dado y lo construido en el derecho. GÉNNY, F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, Granada, Comares, 2000.

deciden, mientras que la ley, el enunciado legal previo a esa decisión, nada es y, si acaso, cuenta sólo en cuanto psicológicamente influya en el juez que decida el caso.

Otra forma de dar cuenta gráficamente de este tipo de ontología jurídica consiste en presentar el texto legal, la norma legislada, como mero boceto de decisiones judiciales futuras, como simple propósito genérico y altamente indeterminado que necesita concreción para tornarse derecho efectivamente operativo, como apunte que, todo lo más, delimita con amplitud las fronteras dentro de las que acontecerá ulteriormente, y en cada caso, la opción judicial, pero sin proporcionar aún una auténtica pauta decisoria. Entre el enunciado legal y la sentencia que resuelve en derecho habría un extenso espacio intermedio, en el que el juez maniobra con amplio margen para sus opciones, y en tal maniobrar en ese espacio tiene un papel central la labor interpretativa. La interpretación media siempre, por tanto, entre el enunciado legal y el concreto patrón decisorio que al caso se aplique. La interpretación deja de verse como la excepción y pasa a convertirse en la regla. Y el intérprete ya no es contemplado como pasivo servidor de la norma que le precede, sino como quien la transforma en regla decisoria al optar por una u otra interpretación de la misma.

Semejante idea del derecho como la suma, variable, de lo dado y lo construido conduce, como se ve, a una concepción de lo jurídico como praxis, como actividad productiva del propio objeto que rige esa praxis. Ahora bien, lo que varía es la concreta calificación de esa praxis, el modelo explicativo o la analogía que de ella se haga. Tal variedad de modelos podemos ejemplificarla aquí en tres: el derecho como praxis decisionista, ideológica o hermenéutica.

El modelo decisionista tiene una de sus expresiones más terminantes en Carl Schmitt, quien traza una ecuación entre poder y derecho y concibe todo derecho como decisión y toda decisión como acto de poder, de dominio³. Y esto no sólo para la decisión legislativa, sino también para la judicial, como se muestra en la aversión de Schmitt a cualquier intento de

³ Baste recordar algunos de sus más celebres asertos. “Soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción” (SCHMITT, C., “Teología política”, en: SCHMITT, C., *Estudios políticos*, Madrid, Doncel, 1975, p. 35). “El orden jurídico, como todo orden, descansa en una decisión, no en una norma” (ibid., p. 40). “En toda percepción jurídica se encuentra esa decisión en el más amplio sentido de la palabra. En efecto, todo pensamiento jurídico transfiere la idea del derecho, que jamás se torna realidad en toda su pureza, a un estado de agregación diferente, y la añade, además, un elemento que no se desprende del contenido de la idea del derecho, ni del contenido de una norma jurídica general positiva cuando de su aplicación se trata. En toda decisión jurídica concreta hay un margen de indiferencia hacia el contenido, porque la conclusión jurídica no se puede deducir completamente de sus premisas y porque el hecho de que la decisión sea necesaria es ya, por sí solo, un factor autónomo determinante” (ibid., 60). “Normativamente considerada la decisión nace de la nada. La fuerza jurídica de la decisión es harto distinta del resultado de su fundamentación” (ibid., 62).

ligar la decisión judicial con esquemas de racionalidad práctica o con algún tipo de determinación axiológica.

Un planteamiento decisionista más matizado, y sin las connotaciones del de Schmitt, es el de la tópica jurídica de Th.Viehweg. Para Viehweg la cuestión central en el derecho es lo que llama la aporía fundamental de qué sea lo justo aquí y ahora⁴, en la resolución del concreto problema que se presenta. El derecho tiene su razón de existir en la decisión de casos conflictivos y esa decisión está constitutivamente orientada a la búsqueda de la solución mejor para el caso. Pero Viehweg descrea también de la posibilidad de encontrar referencias objetivas de razón práctica y presenta su modelo decisorio de derecho bajo la imagen de un enfrentamiento argumentativo entre dos partes que buscan el éxito arrastrando al decisor a sus posturas. Lo original de la teoría de Viehweg consiste en atribuir a esa praxis un carácter tópico. Quiere decirse que el intercambio de argumentos entre las partes que pretenden inclinar de su lado la balanza judicial consiste en echar mano de lugares comunes o tópicos, que son todos aquellos argumentos en los que se condensa el saber y las opiniones que en derecho rigen en un lugar y época determinados y que gozan de consenso general o entre especialistas. La ley misma, la invocación ya sea de su tenor, ya de sus fines, ya de las intenciones de su autor, etc., no son sino tópicos cuya fuerza depende de su aceptación en una determinada tradición jurídica. Y la contienda, según Viehweg, la ganará en cada caso quien más y mejores tópicos haya sabido manejar y haya resultado con ello más convincente o persuasivo. Más allá de esa disputa y sus resultados, nada habría que tuviera la entidad y mereciera el nombre de derecho.

El segundo modelo es el del derecho como praxis ideológica, atribuyendo al término ideología aquí su parentesco con falsa conciencia. Toda sustancialización de lo jurídico, cualquier intento de objetivar un ser del derecho ya sea en datos, ya en procedimientos o métodos, no serviría a más fin que el de disfrazar la verdadera sustancia de lo jurídico, que es en realidad la ausencia de una sustancia propia y su reflejar los designios del puro poder, de la dominación efectiva, que es, según el autor de que se trate y en proporción diversa, dominación económica, dominación personal y dominación simbólica. En este apartado se

⁴ VIEHWEG, TH., *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964, p. 96. Para un estudio de conjunto de esta doctrina puede verse, GARCÍA AMADO, J.A., *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988. Una visión resumida en GARCÍA AMADO, J.A., "Tópica, derecho y método jurídico", *Doxa*, 4 (1987), pp. 161ss.

dan la mano neomarxistas y foucaultianos, con síntesis tan relevantes como la del reciente movimiento *Critical Legal Studies*⁵.

El tercer modelo es el que denominamos hermenéutico. Aquí la interpretación, en sentido amplio, prácticamente agota el alcance de lo jurídico. Pero bien entendido que por interpretación se entenderá en todo caso algo bastante más complejo que la mera atribución de significado lingüístico a un texto. Interpretación es la denominación que se da a una operación en que se ponen en relación y obtienen su síntesis en una fórmula superior y abarcadora toda una serie de datos contrapuestos: la norma abstracta (el enunciado legal) y el caso concreto, el supuesto de hecho genérico de la norma y el hecho preciso que se enjuicia, el sujeto general (“el que...”) al que el enunciado legal refiere una obligación y el individuo de carne y hueso a quien se le imputa el comportamiento enjuiciado, los propósitos legislativos de orden general y las exigencias particulares de una circunstancia determinada, la búsqueda de la justicia en abstracto y los requerimientos de la equidad para el caso, la pretensión de vigencia ilimitada de la norma y los requisitos de su acomasamiento a las cambiantes circunstancias históricas, etc., etc. En esa síntesis de los opuestos se ve por algunos autores la característica definitoria del derecho, de un derecho que es, a partes iguales, praxis prudencial y labor cognoscitiva, pero siempre como conocimiento guiado por la ponderación del caso concreto y de algo que no está exactamente en el texto legal, sino más allá de él⁶ o más acá de él⁷. Los autores que aquí podemos clasificar son los que mayores

⁵ Una magnífica visión de conjunto de ese movimiento en PÉREZ LLEDÓ, J.A., *El movimiento “Critical Legal Studies”*, Madrid, Tecnos, 1996.

⁶ Larenz puede ser citado aquí, como uno de los autores que intentan conciliar los postulados de la filosofía hermenéutica con la fe en que existan principios objetivos extralegales, suprapositivos, que funcionan como faro que guía la decisión correcta en derecho. Oigámosle un par de párrafos. “Los principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible. En sí mismos no son todavía reglas susceptibles de aplicación, pero pueden transformarse en reglas. Cuando remiten a un contenido intelectual que conduce a una regulación, son principios «materiales», aunque les falte todavía el carácter formal de proposiciones jurídicas, representado por la conexión entre un «supuesto de hecho» y una «consecuencia jurídica». Los principios indican sólo la dirección en la que está situada la regla que hay que encontrar” LARENZ, K. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 32-33). “Si los principios del Derecho positivo son pensamientos directores y causas de justificación de una regulación, tiene que subyacer bajo ellos un pensamiento «más justo» y tienen que servir por lo menos de indicadores de los principios de Derecho justo. Si pensamos en serio que todo Derecho positivo, en la medida en que es «Derecho», está en el camino hacia el Derecho justo, su pretensión de validez sólo se podrá fundar cuando los principios del Derecho justo hayan penetrado en él, aunque lo hagan sólo bajo las especiales condiciones de este ordenamiento jurídico y de este tiempo, se manifiesten de un modo especial y puedan ser comprendidos” (ibid. 34-35). Es fácil imaginar cómo se trasladará toda esta interpretación a la teoría de la interpretación: “No debe olvidarse que el juez no está vinculado únicamente a la ley, sino «a la ley y al Derecho». Tiene que tomar la ley como expresión de una voluntad del legislador orientada hacia pensamiento jurídico en conexión con el conjunto del ordenamiento jurídico y obviamente de los principios que el ordenamiento lleva consigo y que van más allá de la ley, cuando la ley presenta lagunas y necesita, según su propia intención, una limitación -por la vía de una reducción teleológica-, una ampliación -por la vía de una extensión teleológica o de una aplicación

afinidades proclaman con los planteamientos de la hermenéutica filosófica (Esser, Larenz, Hruschka, Arthur Kaufmann, F.Müller, Viola, Zaccaria...). Oigamos, por ejemplo, a Arthur Kaufmann: “La legislación es ajuste de idea del derecho y posibles hechos vitales futuros, la decisión judicial es ajuste de norma legal y hecho vital real. Un tal ajuste, una tal asimilación, un tal poner-en-correspondencia deber y ser presupone, sin embargo, la existencia de un *tertium* en el que coinciden y se dan la mano la idea, la norma y el hecho, un *mediador entre deber y ser*. Necesitamos una entidad que represente por igual lo especial y lo general, el hecho y la norma, un universal in re, un deber en el ser. Este tertium, ese mediador tanto en la legislación como en el proceso de la decisión judicial es el “*sentido*” en el que idea, norma y hecho vital tienen que ser idénticos, a fin de que puedan ser respectivamente puestos «en correspondencia» (identidad de la relación de sentido). A este sentido se le denomina también «*naturaleza de las cosas*». La «naturaleza de las cosas» es el tópos en el que ser y deber se encuentran, el lugar metódico de la relación («correspondencia») de realidad y valor”⁸.

Manejemos otra muestra del uso de la hermenéutica filosófica como fundamento de un peculiar ontología jurídica. Para Francesco Viola, la interpretación no es meramente un instrumento de la práctica jurídica, sino que forma parte constitutiva de la naturaleza misma del derecho, éste es en su esencia praxis, y praxis mediada por el comprender. La precomprensión antecede, incluso, al texto que se interpreta, y el sentido que a través de las normas jurídicas se expresa, con el propósito de guiar las acciones con arreglo a pautas de corrección, es un sentido previo y preconstituido aun al surgimiento del texto, del enunciado legal que luego, sí, se va a interpretar a partir de esa anterior comprensión. En palabras de Viola, inspiradas en Hruschka, “bajo la perspectiva hermenéutica no es un texto el que tiene un sentido, sino un sentido el que tiene uno o más textos”. Esto, añade, significa que el derecho, en cuanto sentido específico del obrar humano, precede y confiere significado a los

analógica- o una adaptación a la nueva situación normativa que ha quedado transformada. La vinculación del juez a la ley sólo es, por tanto, un aspecto parcial de su vinculación al Derecho en su conjunto” (ibid. 171).

⁷ En el polo opuesto a Larenz está Esser, otro de los descubridores de la hermenéutica filosófica para el pensamiento jurídico. Ya en 1959 había expuesto sus tesis sobre el papel rector del que de la práctica jurídica tienen los principios del derecho. Pero para él dichos principios surgen de las circunstancias sociales y las necesidades socio-económicas, son, por tanto, plenamente cambiantes y, en consecuencia, no remiten a un contenido normativo objetivo, constante e inmutable, sino que cada uno de ellos está abierto a las interpretaciones que determine la precomprensión social. Véase ESSER, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, Mohr, 1956, por ej. pp. 331-334, 346-347, 358-359.

⁸ KAUFMANN, A., *Analogie und «Natur der Sache»*, Heidelberg, R.v. Decker, 2ª ed., 1982, p. 44.

textos, que precisamente por eso son considerados “jurídicos”⁹. Vemos, así, cómo la hermenéutica filosófica se transmuta en pura metafísica, con semejantes extrapolaciones a la ontología jurídica. Una muy difusa y evanescente ontología jurídica, que se sustenta en una no menos delicuescente ontología de lo social: “La «cosa-derecho» no es una idea, no es un valor y no es tampoco un conjunto de procesos sociales, sino que es una empresa común entre seres libres y autónomos, pero que se necesitan los unos a los otros para realizar cada uno una vida bien lograda”¹⁰. De tanto ser, acaba el derecho por ser nada; un precomprender el objeto antes de que exista el objeto mismo que pueda ser comprendido, un saber del objeto antes de que el objeto sea, y un cuestionarlo, luego, para que no siga siendo. Una quimera¹¹.

II. Propósitos de la metodología de interpretación jurídica.

La pregunta sobre cómo interpretar correctamente la ley recorre toda la historia del derecho moderno. Lo que varía es la intensidad con que se plantea y la índole de las respuestas. En los comienzos del movimiento codificador, desde fines del XVIII, era tal la confianza en la racionalidad inmanente de los códigos que se confiaba en que la interpretación apenas sería necesaria. Entre las virtudes taumatúrgicas del legislador y su obra, el código, se contaba con la de la claridad y se aplicaba el viejo brocardo *in claris non fit interpretatio*¹². Estamos, pues, en las antípodas de la contemporánea conciencia de que la interpretación comparece siempre antes de que un enunciado jurídico pueda convertirse en norma aplicable al caso. La metodología de interpretación jurídica de la mayor parte del XIX va a ser, en consecuencia, relativamente simple. En unos casos, consistirá en remitir la solución de toda duda interpretativa a la averiguación de la voluntad del autor de la norma,

⁹ VIOLA, F., ZACCARIA, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, Laterza, 1999, p. 449.

¹⁰ *Ibid.*, p. 455.

¹¹ Una inteligente crítica a la oscuridad con que los iusfilósofos italianos de orientación hermenéutica, y en particular Viola, plantean su ontología jurídica, puede verse en BARBERIS, M., “Il troppo poco e il quasi niente. Su ermeneutica e filosofia analitica del diritto”, en: JORI, M. (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 149ss, esp. 155ss. Sumamente clarificadora también la crítica que hace Hernández Marín a las oscuridades conceptuales que encierra mucha literatura iusfilosófica de orientación hermenéutica. Puede verse en HERNÁNDEZ MARÍN, R., “Filosofía jurídica analítica y filosofía jurídica hermenéutica”, en: TRIOLO, L. (ed.), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 203ss.

¹² Se trata de la que los franceses llamaban *doctrina du sens claire* y que tenía su apoyo en un texto del Digesto justiniano referido a la interpretación de los testamentos: *cum in verbis nula ambiguitas est, non debet admitti voluntatis questio*.

como proponía en Francia la Escuela de la Exégesis. En otros, se confiaba en que el empleo simultáneo de varios cánones de la interpretación conduciría de consuno a la determinación del más exacto y correcto sentido propio de la norma. Así fue como Savigny dio en la Alemania de principios del XIX su forma “canónica” a la teoría de los cánones de la interpretación jurídica¹³.

Pero a finales de ese siglo XIX se va imponiendo la conciencia del papel creativo del juez y de la inevitabilidad y la dificultad de la interpretación que siempre ha de llevar a cabo¹⁴. Como una y otra vez dijeron, por ejemplo, en Alemania a principios del XX los representantes de la Escuela de Derecho Libre, en el ordenamiento jurídico hay muchos más vacíos que normas resolutorias, y cada norma tiene una enorme gama de significaciones posibles. Puestas así las cosas, la metodología jurídica se bifurca en doctrinas descriptivas y doctrinas normativas. Las primeras son aquellas que, escépticas en cuanto a la posibilidad de hallar parámetros de racionalidad, de objetiva corrección de la interpretación, no atribuyen a la teoría más posibilidad que la de retratar cómo efectivamente los jueces interpretan y qué factores de hecho determinan sus asignaciones de sentido a las normas. El realismo jurídico encajaría en este apartado; también la tópica jurídica pretende dar un modelo descriptivo, no normativo, de la práctica jurídica, como hemos visto.

Otros tratan de sustraerse a esa visión escéptica y de religar la interpretación jurídica con un patrón de racionalidad, que será siempre ya racionalidad práctica, una vez caído en su definitiva crisis el sueño de asimilación del derecho a los objetos naturales o matemáticos, y la certidumbre de las operaciones de aquél a la de la verdad experimental o el cálculo de la ciencias naturales o formales. Perdida la esperanza de poder juzgar el resultado de la

¹³ Para una sucinta descripción de la teoría de la interpretación jurídica de Savigny puede verse LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 31ss.; CALVO, M., *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 73ss.

¹⁴ Un cierto lugar intermedio y muy relevante es el ocupado a fines del XIX por las llamadas teorías de la interpretación objetiva. Rompen con la idea antes dominante de que el fin de la interpretación es averiguar las imágenes y los fines que movían al autor de la norma (la llamada teoría subjetiva de la interpretación) y dejan bien plasmado el dinamismo de lo jurídico por obra de su permanente actualización de sentido. Esto, sin embargo, no les impide tener por posible la obtención de ese sentido con certeza y seguridad. Como escribiera Wach en 1885, la ley puede ser más inteligente que el legislador y la interpretación no tiene que ser la exposición del sentido que el legislador efectivamente asoció a sus enunciados, sino del sentido que a la ley le es immanente. Pues la ley, añadía el mismo autor, es una fuerza viva. Véase sobre el tema, SOUSA E BRITO, J.de, “Hermeneutik und Recht”, *Persona y Derecho* (Pamplona), 16 (1987), pp. 188-189. Como ha mostrado Schröder, los padres de la teoría objetiva de la interpretación confiaban en que la variabilidad histórica del sentido de la norma no suponía pérdida de objetividad de la interpretación, pues al realizar ésta el intérprete actúa guiado por una especie de espíritu grupal, de conciencia colectiva de la que él meramente participa, pero que le trasciende y le dicta el sentido correcto. Véase SCHRÖDER, J., *Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung*, Paderborn, etc., Ferdinand Schöningh, 1985, pp. 54-63.

interpretación jurídica en términos estrictos de verdad, se quiere, al menos, poder diferenciar sus resultados por el grado de racionalidad, de una racionalidad que cuente con algún referente que permita la asignación, al menos aproximativa, de corrección o incorrección objetiva a las opciones interpretativas del juez. Se forjan, así, las distintas doctrinas normativas de la interpretación jurídica, todas con el propósito de dar al juez criterios de la correcta interpretación y de proporcionarnos a todos parámetros para el enjuiciamiento no meramente subjetivo o caprichoso de su labor.

También en este último punto la variedad es grande. Podemos mencionar tres destacadas corrientes: la que, a falta de denominación mejor, llamaremos doctrina estándar de la interpretación, la hermenéutica no gadameriana y las teorías de la argumentación jurídica. La primera agrupa a aquellas corrientes que conectan con la teoría tradicional de los cánones, si bien con una mayor conciencia de la entidad real de los problemas interpretativos. Conscientes ya de que la pluralidad de cánones normalmente no confluye en el reforzamiento de una única atribución de significado, sino en la justificación de sentidos distintos para el mismo enunciado legal, de resultados del empleo de diferentes cánones, se confía, sin embargo, en poder elaborar sobre razones dirimentes una jerarquía de cánones, que tiene en su cúspide aquel que mejor refleje el supremo valor que del derecho se pretende. Ese puesto de privilegio acaba por ocuparlo casi siempre el canon teleológico.

Esas doctrinas interpretativas se emparentan estrechamente con los planteamientos de la hermenéutica pregadameriana. De hecho, muchos de los cultivadores de aquéllas, como Larenz, se acogen al rótulo de la hermenéutica, aun cuando de las tesis de Gadamer poco es lo que asumen¹⁵. Y, más propiamente aún, hay una corriente específicamente hermenéutica, representada muy destacadamente por Emilio Betti, que, en discusión con el mismo Gadamer, seguía manteniendo la esperanza de que cupiera hallar pautas del correcto interpretar¹⁶, aun en el contexto de toda la relativización del comprender que la hermenéutica moderna, también la anterior a Gadamer, ha ido cosechando.

Hoy, los planteamientos más influyentes en este tema de la racionalidad de la interpretación y aplicación del derecho provienen de las llamadas teorías de la argumentación

¹⁵ Para un estudio comparativo del modo tan diverso en que echan mano de las tesis de Gadamer Karl Larenz y Josef Esser, puede verse M. FROMMEL, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, Ebelsbach, Rolf Gremer, 1981.

¹⁶ Buenas descripciones, desde la filosofía del derecho, de la polémica entre Betti y Gadamer pueden verse por ejemplo en ZACCARIA, G., *Questioni di interpretazione*, Padova, CEDAM, 1996, pp. 157ss., y MENGONI, L., "La polemica di Betti con Gadamer", *Quaderni fiorentini*, 7 (1978), pp. 125-142.

jurídica, que tienen en Robert Alexy¹⁷ su más destacado representante. No podemos pararnos aquí en su análisis¹⁸. Baste señalar que abocan la racionalidad posible del resultado interpretativo no a su coincidencia con una verdad previa o un indubitado significado objetivamente preestablecido, sino a la calidad y fuerza de convicción intersubjetiva de las razones con las que el intérprete avale cada una de las opciones que acontecen a lo largo del razonamiento mediante el que sienta el significado de un enunciado legal. Volveremos al final muy brevemente sobre estos enfoques, pues en ellos han ido a desembocar algunos de los autores que inicialmente se acogían a los planteamientos de la hermenéutica filosófica. Posiblemente no haya incompatibilidad radical entre los dos planteamientos y se pueda entender que la filosofía hermenéutica aporta una más profunda conciencia de las determinaciones operantes sobre cualquier interpretación y de los límites consiguientes de cualquier pretensión de objetividad en este punto, al tiempo que las teorías de la argumentación se ocuparían de las pautas mejores para eliminar en lo posible la arbitrariedad del razonamiento judicial, siempre, claro es, asumiendo que éste se desarrolla dentro de un irrebasable horizonte, que es un horizonte, también, hermenéutico.

Veamos ahora cómo se puede apreciar, sobre el trasfondo del paisaje que acabamos de pintar, lo que significa la aportación de Gadamer para la teoría del derecho¹⁹. Nuestra tesis, como ya anticipamos, es que refuerza las tesis de la ontología del derecho como realidad más en permanente construcción y reconstrucción que dada de antemano, y que no aporta elementos para la construcción de una metodología normativa de la interpretación que trate de establecer reglas del correcto interpretar²⁰.

¹⁷ Véase fundamentalmente R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

¹⁸ Un examen de los principales autores que se adscriben a tal corriente puede verse en M. ATIENZA, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

¹⁹ Dos ejemplos de exposición de conjunto del pensamiento de Gadamer en su relevancia para la filosofía del derecho pueden verse en ZACCARIA, G., *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Milano, Giuffrè, 1984; OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, A., *Hermenéutica jurídica: en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1993.

²⁰ En términos similares se expresa Schroth: “El concepto ontológico del comprender que maneja la hermenéutica puede servir de base a una teoría de la estructura ontológica del derecho (...), pues concibe el comprender como proceso histórico dependiente del mundo de la vida del intérprete. Sin embargo, más problemático resulta extrapolar a doctrina metodológica esa concepción hermenéutico-ontológica del comprender. Las metodologías de la interpretación tienen poco sentido como exposición del comprender en tanto que comprender histórico, sino que pretenden ayudar a conseguir un entendimiento de un texto que sea compartido y orientado a la acción. Las doctrinas de la interpretación quieren sacar a la luz qué concreto sentido le debe ser asignado a un texto en una concreta situación” (SCHROTH, U., “Philosophische Hermeneutik und interpretationsmethodische Fragestellungen”, en: HASSEMER, W. (ed.), *Dimensionen der Hermeneutik*, Heidelberg, R.v. Decker & C.F. Müller, 1984, p. 86.

III. ¿Qué aporta la hermenéutica de Gadamer a la teoría del derecho?

La filosofía hermenéutica de Gadamer no se presenta directamente como teoría de la decisión valorativa racional, sino como indagación de la dimensión ontológica del comprender. Así se explica que los postulados básicos de su obra *Verdad y método* se expresen en fórmulas como la de que "el ser, en cuanto puede ser entendido, es lenguaje", o que "todo entender es siempre un interpretar²¹". A diferencia de la hermenéutica romántica, que pretendía ser una preceptiva, proporcionar un conjunto de reglas o indicaciones metódicas para que el intérprete de un texto pudiera acceder al significado que su autor quiso darle, lo que la filosofía hermenéutica de Gadamer intenta es mostrar esa dimensión esencial de la estructura ontológica del ser humano que viene dada por el comprender. "Su tarea -dice Gadamer- no es desarrollar un procedimiento de la comprensión, sino iluminar las condiciones bajo las cuales se comprende²²".

Esto nos da ya una primera pista respecto de la relación entre la filosofía hermenéutica de Gadamer y la decisión práctica a que aquí interesa referirse. Así como la filosofía hermenéutica se limita a describir, a mostrar las condiciones de la interpretación, de la comprensión textual, mientras que no da reglas sino sumamente generales acerca del modo como ésta debe transcurrir, en cuanto realizada por sujetos libres, así entiende también que existe un paralelismo con el ámbito de la razón práctica: una filosofía moral jamás podrá sustituir por puros conocimientos teóricos el momento de la decisión en que el sujeto concreta y aplica principios teóricos generales ante una situación concreta.

No se trata de que Gadamer desarrolle una determinada filosofía hermenéutica y busque luego mostrar sus derivaciones como teoría de la razón práctica. Más bien se podría decir que procede en sentido inverso. Es la filosofía práctica, concretamente su desarrollo por Aristóteles, la que sirve para ejemplificar como modelo estructuralmente idéntico lo que, en un plano de superior generalidad o de mayor profundidad, ocurre con el proceso hermenéutico de la comprensión. Por esta vía llega Gadamer a señalar la filosofía práctica aristotélica como modelo legitimatorio de una reorientación de la conciencia metódica de las ciencias del espíritu²³.

²¹ Vid. GADAMER, H.G., *Verdad y método*, Salamanca, Sígueme, 1977, pp. 461ss.

²² *Ibid.*, p. 365.

²³ Vid. GADAMER, H.G., "Hermeneutik als theoretische und praktische Aufgabe", en *Rechtstheorie*, 9 (1978) p. 258.

¿Cómo se concreta esa similitud estructural entre filosofía práctica y filosofía hermenéutica, por un lado, y entre decisión práctica e interpretación, por otro? La filosofía práctica de Aristóteles poseería el valor fundamental de mostrar de qué manera se resuelve en el ámbito de la razón práctica la tensión entre el puro saber teórico acerca del bien (*episteme*) y el mero hacer instrumental de la aplicación de medios seguros y conocidos a fines prácticos (*tekhne*). La decisión moral no se reduciría a ninguno de esos extremos, sino que constituiría una etapa intermedia (*phronesis*), de concreción de lo general ante la situación práctica. Y es la contingencia y la variabilidad de las situaciones lo que hace que sea determinante el papel de la conciencia del sujeto y de su decisión para dicha concreción.

De la peculiaridad de la actividad moral deriva la especificidad de la ciencia que la estudia, la filosofía práctica: "puesto que el saber que orienta el actuar es esencialmente postulado por la situación concreta en que se elige lo que ha de hacerse, sin que una técnica aprendida y dominada pueda ahorrar al sujeto la reflexión y decisión propias, del mismo modo la ciencia práctica que se orienta a este saber práctico no es ni ciencia teórica al modo de la matemática, ni ciencia especializada como dominio cognoscitivo de procedimientos operativos, «poiesis», sino una ciencia dotada de especificidad, y que ha de alzarse desde la praxis y regresar a ella con todos los conocimientos generales que haga conscientes²⁴". Ahora bien, la filosofía práctica no pretende ocupar el lugar de la decisión práctica racional, la cual exige el sujeto y su papel en la situación respectiva como encargado de llevar a cabo la necesaria concreción²⁵.

La semejanza con la teoría hermenéutica radica en el hecho de que también ésta muestra un proceso de relación de lo general con lo particular: "el intérprete no pretende otra cosa que comprender este asunto general, el texto, esto es, comprender lo que dice la tradición y lo que hace el sentido y el significado del texto. Y para comprender esto no le es dado querer ignorarse a sí mismo y a la situación hermenéutica concreta en la que se encuentra. Está obligado a relacionar el texto con esta situación, si es que quiere entender algo en él²⁶".

En cuanto que toda interpretación supone la actualización del sentido de un texto en relación con un caso concreto y en el marco de la situación del intérprete, toda interpretación es aplicación, "en toda lectura tiene lugar una aplicación²⁷", y de ahí "el significado paradigmático de la hermenéutica jurídica" para la hermenéutica en general²⁸. Tanto la filosofía práctica de Aristóteles como la filosofía hermenéutica son teorías de la aplicación, pero esto no ha de entenderse como si se tratara de teorías normativas que indicasen pautas seguras para esa concreción que la decisión moral o la interpretación de un texto concreto

²⁴ GADAMER, H.G., "Hermeneutik als praktische Philosophie", en Riedel, M. (ed.), *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, vol. 1, Freiburg Br., Rombach, 1972, p. 328. En general, sobre esta cuestión, *Verdad y método*, cit., pp. 383ss.

²⁵ Cfr. GADAMER, H.G., "Hermeneutik als theoretische und praktische Aufgabe", cit., p. 272.

²⁶ GADAMER, H.G., *Verdad y método*, cit., p. 396.

²⁷ GADAMER, H.G. *Verdad y método*, cit., p. 413. Añade: "La aplicación no quiere decir aplicación ulterior de una generalidad dada, comprendida primero en sí misma, a un caso concreto; ella es más bien la primera verdadera comprensión de la generalidad que cada texto dado viene a ser para nosotros" (ibid., p. 414).

²⁸ *Verdad y método*, cit., p. 396ss.

supone. Así como la teoría de Aristóteles respecto de la filosofía práctica no pretende erigirse en rectora de la decisión moral, así tampoco la hermenéutica propone un procedimiento interpretativo, una técnica que determine los pasos que han de regir la comprensión. Lo que la filosofía hermenéutica hace es describir lo que básicamente ocurre siempre que de modo convincente se interpreta, es decir, se comprende, un texto. Comprender es siempre más que una mera aplicación de una técnica, porque "es siempre también obtención de una más amplia y profunda autocomprensión". La teoría hermenéutica de Gadamer se plantea, pues, como enfoque teórico frente a la praxis de la interpretación, con lo que su papel para la praxis interpretativa se limita a hacer tomar conciencia de lo que en tal praxis ocurre, pero no a determinar de modo preciso lo que en ella ha de ocurrir²⁹.

Con esto tenemos que tanto la filosofía práctica de Aristóteles como la filosofía hermenéutica que según su mismo modelo se articula nos describen al sujeto de la decisión moral y al sujeto de la interpretación, respectivamente, como abocados a una auténtica decisión. Y puesto que ninguna teoría hay que pueda ante cada situación marcar con exactitud los pasos o la orientación más precisa a seguir para que la decisión moral o la interpretación sean las mejores posibles como realización del bien o de la comprensión, el actuar y el comprender tienen en común el carácter de aventura, de arriesgada proeza. En palabras de Gadamer, "en este ámbito de la experiencia hermenéutica, acerca de cuyas condiciones tiene que dar cuenta la filosofía hermenéutica, se confirma su parentesco próximo con la filosofía práctica. Está, por lo pronto, el hecho de que la comprensión, exactamente igual que el actuar, sigue siendo siempre un riesgo y no permite la simple aplicación de un saber general de reglas para la comprensión de enunciados o textos dados³⁰".

La mediación ontológica del ser del hombre por el lenguaje, a la que aludían los párrafos citados anteriormente³¹, con la consiguiente necesidad de un permanente proceso interpretativo a través del cual el hombre va configurando su ser individual y social en el marco de la tradición en la que se inscribe, sumado al hecho de que el resultado de la interpretación jamás podrá, por lo que acabamos de ver, ser tenido por una verdad que se siga de la aplicación de un proceder metódico, hacen que "verdad" y "método" no se equiparen allí donde se opera con interpretaciones de textos. Así es como se propone Gadamer fundar la

²⁹ GADAMER, H.G., "Hermeneutik als praktische Philosophie", cit., pp. 343-344.

³⁰ GADAMER, H.G., "Hermeneutik als praktische Philosophie", cit., p. 342.

³¹ Vid. GADAMER, H.G., *Verdad y método*, cit., p. 461ss.

especificidad de las ciencias del espíritu frente a las ciencias naturales o metódicas y es éste uno de los propósitos fundamentales de su obra central. El propio Gadamer resume la cuestión en un trabajo más reciente: "lo esencial en las «ciencias del espíritu» no es la objetividad, sino la relación habitual con el objeto. Yo complementaríala para este ámbito del saber el ideal del conocimiento objetivo, que está sostenido por el ethos de la ciencia, mediante el ideal de la participación (*Teilhabe*). Participación en los enunciados básicos de la experiencia humana, tal como se han plasmado en el arte y la historia, tal es, en las ciencias del espíritu, el verdadero criterio respecto del contenido o la ausencia de contenido de sus doctrinas. En mis trabajos -continúa Gadamer- he intentado mostrar que el modelo del diálogo posee un significado estructural para esta forma de la participación. Y ello porque el diálogo está caracterizado porque ninguno por sí solo contempla lo que acontece ni afirma que él solo domina el asunto, sino que se toma parte conjuntamente en la verdad y se la obtiene en común³²".

¿Puede extraerse de la teoría de Gadamer algún tipo de reglas o criterios sobre la racionalidad de la decisión práctica y, concretamente, de la decisión jurídica? La respuesta probablemente habrá de ser que sólo se obtienen aquí indicaciones muy generales y criterios muy débiles. Para Gadamer, nuestra comprensión sólo es posible en el marco de una tradición, pues "nos encontramos siempre en tradiciones³³", las cuales determinan la, para nuestra comprensión imprescindible, "comunidad de prejuicios fundamentales y sustentadores³⁴". Si los prejuicios que rigen el punto de arranque de toda comprensión posible, esto es, la precomprensión, son el soporte ineludible del comprender, no pueden ser vistos en sentido negativo, como obstáculo al verdadero conocimiento, sino como base sobre la que el conocimiento posible se construye como tensión permanente entre lo general y lo particular. Tal tensión se expresa mediante la figura del círculo hermenéutico, "que describe la comprensión como la interpenetración del movimiento de la tradición y del movimiento del intérprete. La anticipación de sentido que guía nuestra comprensión de un texto no es un acto de la subjetividad, sino que se determina desde la comunidad que nos une con la tradición. Pero en nuestra relación con la tradición esta comunidad está sometida a un proceso de continua formación. No es simplemente un presupuesto bajo el que nos encontramos siempre,

³² GADAMER, H.G., "Vom Ideal der praktischen Philosophie", en GADAMER, H.G., *Lob der Theorie. Reden und Aufsätze*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1983, p. 72.

³³ GADAMER, H.G., *Verdad y método*, cit., p. 350.

³⁴ *Ibid.*, p. 365.

sino que nosotros mismos la instauramos en cuanto que comprendemos, participamos del acontecer de la tradición y continuamos determinándolo así desde nosotros mismos³⁵.

Según Gadamer, "la condición hermenéutica suprema" que rige toda interpretación adecuada consiste en "poner en suspenso por completo los propios prejuicios", si bien no para alcanzar un tipo de conocimiento ajeno a ellos, sino para que el modelo de pensamiento que gobierna la interpretación tenga carácter abierto y permita la construcción dinámica y colectiva del tipo de verdad posible en este campo. De ahí que tal suspensión tenga "la estructura lógica de la pregunta"³⁶.

Quizá no sea descabellado entender, en virtud del paralelismo que antes hemos visto, que postulados semejantes pueden regir para la razón práctica, postulados que en este ámbito conducirían al rechazo de todo dogmatismo moral, al diálogo como vía más fructífera para alcanzar y mantener vigente un sistema de valores y a la invocación del papel básicamente crítico de la razón. En este sentido se pueden entender afirmaciones como la de que la raíz de todo abuso está en la imposibilidad de auténtica participación en la vida política y social; o la de que "quien habla en nombre de la razón se contradice a sí mismo", pues razonable es únicamente la conciencia de lo limitado de nuestra razón individual; o la de que la razón consiste en no aferrarse ciegamente a lo tenido por verdad, sino en enfrentarse críticamente con ello³⁷.

IV. La recepción de la hermenéutica filosófica en la filosofía del derecho. Los ejemplos de Arthur Kaufmann y Josef Esser.

En estos dos autores se contempla con cierta claridad cuanto venimos sosteniendo de la función que la hermenéutica gadameriana ha tenido para la filosofía del derecho: por un lado, un reforzamiento de una ontología jurídica que ve al derecho como objeto en permanente constitución en un proceso circular entre una creación de normativa que es siempre interpretación, y una interpretación de enunciados normativos que es siempre, también, creación normativa; por otro lado, la tensión entre la conciencia de que con esos mismos presupuestos ontológicos pierde buena parte de su sentido la pretensión de una teoría normativa de la interpretación jurídica, y el deseo de no renunciar por completo a la

³⁵ GADAMER, H.G., *Verdad y método*, cit., p. 363.

³⁶ *Ibid.*, p. 369.

³⁷ GADAMER, H.G., "Über die Macht der Vernunft", en *Lob der Theorie*, cit., pp. 62-65.

indicación de reglas que nos salven de la arbitrariedad o el subjetivismo del intérprete judicial, razón esta última por la que se aproximan a las tesis consensualistas de las teorías de la argumentación jurídica. Veamos unas pinceladas de todo ello a propósito de dos de los autores al efecto más relevantes.

Arthur Kaufmann ha mostrado cómo la mediación constitutiva del sujeto a la hora de determinar el sentido de un texto que, como el legal, ha de ser "aplicado", impide considerar que la norma positiva escrita sea, sin más, el derecho, que la ley sea una normación autosuficiente de la que quepa un conocimiento objetivo y a partir del cual la aplicación sea una mera subsunción. Por el contrario, el sentido de las normas se determina para cada caso mediante el ir y venir de la mirada entre la norma general y el caso concreto, de que habló Engisch, o, en términos de Kaufmann, mediante una puesta en correspondencia, un ajuste entre hecho vital y norma. Y ello mediado siempre por el horizonte hermenéutico del sujeto, por el bagaje lingüístico y cognitivo previo con que se enfrenta a la interpretación de cada ley para la solución de cada caso y que constituye su precomprensión de aquella y de éste, como auténtica condición trascendental de toda posible comprensión³⁸.

Si lo que verdaderamente sea el derecho está mediado siempre por el acto subjetivo de su interpretación, de modo que la ley no constituye sino el "hecho bruto" a partir del cual la verdadera normatividad jurídica se modelará en cada caso en el acto de la comprensión, el derecho estará esencialmente marcado por la nota de historicidad y la determinación del derecho correcto se articula como un proceso sin fin³⁹. La cuestión central al tratar de la decisión jurídica ya no será cómo deducir lógicamente el derecho a partir de las normas, sino "cómo puede el derecho ser *hermenéuticamente comprendido* partiendo del lenguaje histórico vivo⁴⁰".

¿Cómo se puede obtener la racionalidad o corrección de esa comprensión constitutiva de toda posible decisión jurídica? En primer lugar, queda claro que "si el derecho sólo se hace

³⁸ Sobre el esquema hermenéutico del proceso decisorio en el derecho pueden verse los siguientes trabajos de Arthur Kaufmann: "Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 17 (1977) pp. 351-362; "Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung", en: *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin, New York, de Gruyter, 1973, pp. 7-20; "De «ipsa res iusta». Gedanken zu einer hermeneutischen Rechtsontologie", en: *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 1973, pp. 27-40; "Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik", en: *Euroäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 1982, pp. 537-548.

³⁹ Cfr KAUFMANN, A, "Entre iusnaturalismo y iuspositivismo hacia la hermenéutica jurídica", cit., p. 354.

⁴⁰ Ibid., p. 357.

en el proceso de comprensión, no cabe una «corrección objetiva» del derecho fuera del tal proceso⁴¹". Serán aquellas circunstancias de ese proceso sobre las que se pueda influir las que puedan ser orientadas como condiciones de la corrección posible de la decisión. Concretamente se refiere Kaufmann a la necesidad de que el subjetivismo radical se evite haciendo conscientes y objeto de la fundamentación los momentos subjetivos siempre existentes y generalmente encubiertos⁴². En segundo lugar, la necesaria transparencia, que evite la arbitrariedad, se consigue mediante un proceso reflexivo de argumentación, es decir, mediante la intersubjetividad y el consenso, mediante la discusión y comunicación⁴³.

Resulta curioso y significativo constatar cómo bastantes de los teóricos del derecho que han usado, mejor o peor, de los esquemas de la hermenéutica gadameriana para *explicar* el modo en que puede acontecer y acontece la interpretación de las normas jurídicas no se han detenido ahí y han echado mano de instrumentos distintos para responder a la pregunta central de la metodología normativa de la interpretación jurídica, la de cómo debe proceder el intérprete para que los frutos de su interpretación sean objetivamente correctos o, al menos, para que no puedan reputarse de perfectamente subjetivos y caprichosos, lo cual, en derecho, no lo olvidemos, suena a peligrosísima arbitrariedad que pone en cuestión nuestra seguridad en tanto que ciudadanos bajo el imperio de la ley. Veámoslo ahora en Esser.

⁴¹ Ibid., p. 361.

⁴² Ibid., p. 361.

⁴³ Ibid., p. 361; "Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung", cit., p. 19-20; "Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik", cit., p. 543. En su obra *Grundprobleme der zeitgenössische Rechtsphilosophie*, Frankfurt a.M., Athenäum, 1971, pp. 71-72, muestran con claridad Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer la índole de la salida que su teoría de la hermenéutica jurídica da al problema de la racionalidad de la decisión jurídica. Señalan que la respuesta a esta cuestión consiste por lo pronto en afirmar que "no hay condiciones materiales de la corrección fuera del concreto proceder decisorio", y que todo lo más que se puede prefigurar son ciertas condiciones de la incorrección o irracionalidad, como los atentados contra las leyes del pensamiento o contra las normas procesales. El no respeto de estos tipos de normatividad hace la decisión incorrecta, pero su cumplimiento no garantiza la corrección de la decisión. Y concluyen: "corrección sólo puede lograrse mediante argumentación y consenso entre los partícipes".

Arthur Kaufmann asume expresamente la potencia explicativa de la hermenéutica ("La hermenéutica es primariamente *filosofía trascendental* que muestra las condiciones de posibilidad de la comprensión y el sentido del lenguaje" - KAUFMANN, A., *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, München, Beck, 1999, p. 67), al tiempo que para responder a la cuestión de la correcta interpretación y decisión en derecho se inspira en el procedimentalismo consensualista de Habermas y Alexy, si bien introduciendo matices y correcciones. No podemos entrar aquí en el detalle. Sobre lo último véase especialmente *ibid.*, pp. 95ss. y, antes, KAUFMANN, A., "Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho", en: KAUFMANN, A., HASSEMER, W., *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Debate, 1992, pp. 132ss. Hacia combinaciones parecidas se orienta uno de los máximos representantes italianos de la corriente hermenéutica de la filosofía jurídica, como es Francesco Viola. Véase, por ejemplo, VIOLA, F., "Herméutique et droit", *Archives de Philosophie du droit*, 37 (1992), p. 347.

Para Esser⁴⁴, la hermenéutica no ofrece fundamentaciones ontológicas de valores o verdades. Se limitaría a mostrarnos el sentido, límites y condiciones de nuestro enjuiciamiento de objetos cuya existencia para nosotros depende de nuestro mundo lingüístico y de ideas, y cuya verificabilidad y comunicabilidad suponen el papel mediador de nuestro lenguaje, nuestras ideas y nuestros actos de conocimiento⁴⁵. Por ello la hermenéutica hace ver la contradicción que se encierra en la pretensión de que el intérprete trate de captar objetivamente el objeto de su comprensión.

La peculiaridad de la hermenéutica jurídica radicaría en su “finalidad normativa”, en el hecho de estar orientada a la decisión, y no sólo a la mera comprensión. Como consecuencia, junto a los actos cognitivos, de comprensión, se da un “elemento volitivo”, que ha de ser entendido a la vista de la función ordenadora de la actividad jurídica⁴⁶. Ello hace que “junto a, o por encima” del círculo hermenéutico cognitivo se dé un “círculo aplicativo”: el esfuerzo por alcanzar un resultado adecuado en la comprensión de los conceptos y normas está predeterminado por la visión del resultado que, como jurídicamente adecuado, se adscriba a la aplicación de la norma. En el punto inicial del proceso se sitúa, consiguientemente, una determinada idea de la meta de la aplicación, que determina todo el proceder subsiguiente⁴⁷. Por tanto, y en palabras de Esser, sin “prejuicio” sobre la necesidad de regulación y sobre la posibilidad de solución “el lenguaje de la norma no puede expresar lo que se le requiere: la solución justa”⁴⁸.

¿De dónde procede o cómo se genera ese componente valorativo previo? La precomprensión del que aplica el derecho no es unitaria ni homogénea, y nace de procesos de aprendizaje de distinto tipo. El jurista se enfrenta al texto provisto de unas expectativas que surgen de su “horizonte socio-histórico” y de los intereses propios de la época y el lugar. Mas ello no supone una determinación absoluta sobre la precomprensión, pues a menudo no existe

⁴⁴ Un estudio completo de la obra de Esser en su relación con la hermenéutica puede verse en ZACCARIA, G., *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, Giuffrè, 1984. Una síntesis del la teoría del derecho de Esser se contiene en GARCÍA AMADO, J.A., “Derecho y racionalidad. La teoría del derecho de Josef Esser”, en: *Liber amicorum. Colección de Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. D. José Pérez Montero*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1988, vol. II, pp. 549ss.

⁴⁵ Vid. ESSER, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a.M., Athenäum, 1972, pp. 9-10.

⁴⁶ ESSER, J., “Methodik des Privatrechts”, en M. THIEL (ed.), *Methodik der Rechtswissenschaft. Teil I*, München/Wien, 1972, pp. 31-32.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 32.

⁴⁸ ESSER, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit., p. 137.

en el grupo social un acuerdo total sobre las metas de la regulación y la ordenación sistemática de un problema⁴⁹. De ahí el carácter peculiar de los actos valorativos del juez y la necesidad de arbitrar medios de control y garantías de racionalidad.

El mencionado papel de la precomprensión no se reduce a lo que es propiamente la interpretación de las normas; preside todo el proceso que conduce a la decisión jurídica, desde el tratamiento simultáneo e interrelacionado de normas y supuestos de hecho, hasta la misma comprensión de los principios del derecho. Y todo este proceso no se articularía como un discurso libre, sino que, según Esser, el que aplica el derecho se mantiene sujeto por la idea de vinculación al mismo⁵⁰.

Pretende Esser con sus afirmaciones describir el proceso real de la interpretación y aplicación del derecho, proceso en el que acontece una elección de método por el intérprete o aplicador, en lugar de hallarse sometido al imperio de un método que le guíe con mano segura hacia la objetividad. Ahora bien, ello no quita para que también Esser quiera hallar algún ulterior referente de corrección, para lo que echará mano de patrones argumentativos. Lo normal en la aplicación del derecho sería la elección del método (la opción entre los cánones interpretativos, por ejemplo) a partir de un control teleológico de la corrección del resultado desde el punto de vista de la aceptabilidad de un orden social dado⁵¹.

Estima que entre los cánones de la interpretación no es posible establecer una jerarquía ni aportar criterios generales que guíen la elección de entre ellos para cada caso. Pero, aunque toda interpretación presupone una serie de juicios de valor, la decisión al respecto no queda abandonada a la subjetividad del intérprete. Existen una serie de limitaciones y medios de control: los fines positivos del ordenamiento, como límite de la posibilidad actualizadora del juez, la necesidad de buscar propuestas coherentes con el sistema jurídico global y que tengan una mínima apariencia razonable, la posibilidad de ponderación de propuestas y soluciones mediante la consideración de consecuencias o la comparación de casos, etc.⁵² Y, por encima de todo esto, como instancia superior de control, aparece en Esser el consenso. El intérprete del derecho es responsable ante el medio social, frente al que ha de asegurarse la plausibilidad de sus soluciones. Por ello ha de procurar que

⁴⁹ Ibid., pp. 118ss.

⁵⁰ Cfr. *ibid.*, pp. 30, 100-101

⁵¹ Vid. *ibid.*, p. 126.

⁵² Cfr. *ibid.*, pp. 119, 134-135.

sus valoraciones estén en consonancia con las valoraciones prioritarias del grupo social. La producción de consenso sobre el carácter razonable de una solución, en el marco de las alternativas legalmente prefijadas, es, para Esser, la verdadera fuente de convencimiento sobre el derecho. El término “racionalidad” se entiende, en este contexto, “en el sentido de posibilidad de consenso sobre cuestiones de justicia dentro de instituciones sociales y legales positivamente dadas”⁵³.

Así pues, en Esser, como en Kaufmann y otros, queda reflejada esa tensión a que venimos refiriéndonos y que hace que los esquemas de la hermenéutica filosófica sean usados para describir un proceso interpretativo y aplicativo en derecho que, sin embargo, es negado en el paso siguiente, desde el momento en que se quiere construir también, para la interpretación jurídica, un modelo normativo de racionalidad y objetividad que no parece fácilmente compatible con las tesis gadamerianas.

⁵³ Ibid., p. 14.