

LA PERMANENTE TENSION ENTRE LA LEY Y LA SENTENCIA COMO APLICATIO DE LA HERMENÉUTICA GADAMERIANA

Beatriz Quintero¹

INTRODUCCIÓN

Dentro de una concepción moderna del derecho, se admite que es por lo menos uno de sus componentes sino el único, ese al cual el juez se referiría como al dogma jurídico, o la ley. Históricamente nuestro dogma en el civil law surgió con la codificación hecha de concepciones del denominado derecho racional, concepciones de lo justo en ese entonces, 1808, en los códigos napoleónicos. Esa es la ley a la cual el juez debe remitirse cuando profiere el máximo acto jurídico del proceso: cuando expresa su voluntad decisoria en la sentencia.

Para el análisis que se emprende es irrelevante que se considere la dogmática jurídica con un enfoque exclusivamente normativo, tal como corresponde a la concepción positivista, o que su visión atisbe a una consideración de índole sociológica. Lo que trasciende como determinante de ese punto extremo, es solo la idea de una opinión jurídica con sentido de obligatoriedad y de alguna manera racionalizada, es decir puesta bajo el control del pensamiento. A esa opinión fijada y establecida es a la que los doctrinantes que han avanzado por el camino de la retórica en la hermenéutica de Gadamer, han denominado dogma y al correspondiente esquema de pensamiento Dogmática.² No es definitiva la distinción de la estructura lógica que concierne a esa dogmática: bien puede ser la deductiva axiomática del derecho racional moderno que se conserva aún en la concepción kelseniana, o en la hartiana, o la dialéctica moderna de Hegel o de Marx, o acaso una dialéctica clásica por la que abogaría Viehweg.

1 Profesora de Cátedra. Teoría General del Proceso. Facultad de Derecho. Universidad de Antioquia.

2 Viehweg, Theodor. *Tópica y Filosofía del Derecho*. Editorial Gedisa. Estudios Alemanes. Primera edición. Barcelona. 1991. p. 16. Traducción de Jorge M. Seña.

Conviene mirar cuál ha sido y cuál es la función jurisdiccional en las concepciones clásica, moderna y contemporánea, atendiendo al criterio de sujeción o libertad del juez en su tarea con respecto a parámetros positivos de derecho previamente establecidos. Puede afirmarse que siempre, sin excepción, se ha considerado que el juez debe estar ligado a unos criterios positivos previos, en ese desempeño. Es como si el ser humano no soportara que sus actos, sus relaciones, sus bienes, su persona misma quedaran entregados a la absoluta discrecionalidad de aquellas personas encargadas de juzgar. Siempre se ha querido por tanto, ligar al juez a criterios positivos extrínsecos. Pero han sido diversos en el decurso de los tiempos esos criterios con los cuales se ha querido controlar el juicio del juez. Cada sociedad ha visto la idea esencial de la vinculación del juez a un principio extremo diferente, del mismo modo como sus concepciones jurídicas generales y sus realidades sociales fueron no sólo peculiares sino distintas.

La Roma antigua hizo vigente el principio de subordinación del juez a la ley aunque con un alcance diferente del que tiene entre nosotros. Las intervenciones legislativas en el derecho eran excepcionales. Era raro encontrar leyes reguladoras de lo jurídico, pero esa misma condición de excepcional imponía su imperiosa aplicación textual. El derecho era el resultado de la actividad de los juristas. Los juristas, pues, estimaban que las intervenciones legislativas estatales constituían verdaderas invasiones a su destino en el campo del derecho privado. Tan solo los aspectos de orden público eran regulados por leyes. El juez romano, más que con la ley tenía que confrontarse con la ciencias de los juristas. Pero también con el edicto del pretor, magistrado que ejercía su propio criterio de justicia. Si no captaba debidamente el problema factual o no se decidía por alguna de las razones decantadas por los juristas, su sentencia era un non liquet que daba paso a la designación de otro juez.

En el medievo, eran parámetros del fallo *el corpus iuris* civiles compilado en el digesto, el código y las institutas. La ley que vinculaba al juez en el pronunciamiento de la sentencia era entonces el *Corpus iuris civiles justiniani*. El Digesto era el libro de mayor importancia y contenía una antología de escritos de los juristas romanos clásicos. *El Código*, que le seguía en importancia era una compilación de escritos imperiales: respuestas dadas por el emperador a consultas de particulares sobre puntos de derecho, obrando no como legislador sino como jurista. Y las Institutas estaban compuestas por las doctrinas de Gayo en el siglo II. El juez estaba, por consiguiente, atado a la ley pero ésta era, en substancia, un cuerpo jurisprudencial. También los medievales le temieron a la desvinculación del juez y le prohibieron fallar en equidad.

Una tercera concepción es la del Estado nacional liberal parlamentario cuya preocupación central radicó en encontrar la mejor forma de garantizar la libertad. Sus teorías emergieron como reacción contra el Estado absoluto en el cual las tres funciones tradicionales propias de toda organización política (gubernativa, legislativa y jurisdiccional) se concentraba en una sola mano soberana. A esta indivisión de los poderes se atribuyó una verdadera falta de libertad por parte del racionalismo liberal que postuló una estricta separación como forma única de asegurar la libertad. El concepto axial de este organigrama es la ley, puesto que un órgano la formula, otro la ejecuta normalmente y un tercero la aplica a los casos de conflicto. Son distintas las aristas de un solo concepto: la ley. Desde este oteo el liberalismo fue heredero del mismo antiguo régimen que aniquiló, porque en verdad este se había convertido en un estado legislativo, pese a que la legislación se concretó en el sector de la cosa pública dejando lo atinente al derecho privado sujeto al sistema de juristas del derecho común. Como el racionalismo liberal llegó a convertir la ley en fuente única del derecho, fatalmente tuvo que alcanzar también al derecho privado.

Los soberanos habían mantenido el monopolio de la interpretación de la ley. También aquí la teoría liberal de la separación de poderes heredó el antiguo régimen en cuanto prohibió al juez toda posibilidad de interpretación y extremó las cosas a tal punto que en el evento de una ley oscura o con lagunas, el asunto debía remitirse a las asambleas legislativas para que decidieran el punto en controversia (ley del 24 de agosto de 1790, en plena revolución francesa). En la época que se gesta con la revolución francesa la sujeción del juez a la ley es un dogma de mayor importancia. Y todo el ámbito judicial queda sumergido en la ley como fuente suprema de todo derecho, público y privado y a las minuciosas prescripciones que trazan las asambleas parlamentarias.

El dogma da vida a la escuela de la exégesis. Laurent describe así esta ocurrencia histórica:

Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene ya por misión hacer el derecho: el derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos. Pero para que los códigos presenten una ventaja, es preciso que los autores y magistrados acepten su nueva posición. Con gusto diría que deben resignarse a ella...

Mourlon afirmó que "para el jurisconsulto, para el abogado, para el juez, solo un derecho existe, el derecho positivo... se define como el conjunto de leyes que el legislador ha promulgado para reglamentar las relaciones de los hombres entre sí".³

3 Guzmán Britto, Alejandro y otros. *La función judicial*. Buenos Aires. Ediciones De Palma. 1981. p. 218.

La idolatría de la ley trajo consigo la pérdida de la exuberante y rica ciencia jurídica anterior, pero fue incapaz de reemplazarla por una nueva ciencia jurídica distinta de la mera exégesis de los textos legales. Solo a fines del siglo XIX empezó la reacción que a veces condujo a polos opuestos, tanto que se llegó a pretender la absoluta libertad de los jueces en una de sus posturas más extremas.

De la exégesis pues, que condensa el culto, la idolatría de la ley y la desconfianza absoluta en el juez a quien la doctrina de la época encarnó metafóricamente como la boca mecánica de la ley, se pasó a extremos opuestos en el curso de la historia, al protagonizar una total desconfianza de la ley para invocar la libertad absoluta del juez. Tal fue lo sucedido en la escuela del realismo jurídico, según la cual las reglas de la lingüística que siguen los jueces convierten a las leyes en instrumentales y proféticas. Las leyes pues son meras predicciones contextuales o circunstanciales acerca de lo que decidirán los jueces en casos concretos.⁴

EL PROBLEMA HERMENÉUTICO DE LA MEDIACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL JUICIO DE DERECHO

Las conquistas de la filosofía en el siglo XX revisten importancia capital y ellas de todas maneras inciden en la concepción filosófica del derecho. La hermenéutica de Hans Georg Gadamer es uno de los pensamientos filosóficos de mayor actualidad y que ofrece concepciones necesarias para la comprensión de este concepto, definitivamente entendido hoy como una de las ciencias del espíritu. Es un imperioso liberarse de las cadenas epistemológicas que la desorientada búsqueda de la neutralidad había impuesto al sujeto cognoscente; el pensamiento filosófico moderno entiende que entre objeto y sujeto no hay divorcio, sino integración en la búsqueda de la verdad. Ya en el romanticismo alemán Schleiermacher concibió la comprensión como acción recíproca de sujeto y objeto y Dilthey avanzó sobre ese pensamiento hasta una autocomprensión del método histórico. Emilio Betti sistematizó esa hermenéutica idealista.

Cuando las concepciones jurídicas entienden que la tarea del juez es una función creadora de derecho y que no consiste en una subsumción ciega, como un silogismo que parta de un axioma, de un apriori, cobra especial importancia la interpretación, más que como ciencia instrumental, como filosofía, para el cometido del derecho, y en especial, la indagación filosófica del sentido productivo de la hermenéutica en la búsqueda del juicio justo.

4 Dworkin, Ronald. *El imperio de la justicia*. Editorial Gedisa 2a. edición. Barcelona Nov/92. Traducción de Claudia Ferrari.

La interpretación jurídica como vieja tradición hermenéutica habló de una actividad que denominó *subtilitas* y la entendió como “un saber hacer que requiere una particular finura de espíritu”.⁵ La alusión es sutilmente descriptiva de la facticidad heurística del buen juez. En el mismo sentido se aludía a una *subtilitas intelligendi*, a una *explicandi* y finalmente a la *subtilitas aplicandi*. La escisión no es admisible; sin embargo, la sentencia es el acontecimiento que cristaliza de un modo tan evidente la idea hermenéutica de la aplicatio que ella misma se erige como patrón de análisis de las peculiaridades de la interpretación reproductiva.

Todas las actuales posturas de la filosofía del derecho, por divergentes que parezcan, aceptan un punto común: de alguna manera, total o parcialmente el derecho es un concepto interpretativo. De este modo cualquier presentación científica que se intente sobre la temática, tiene que partir del análisis mismo del concepto de interpretación; en tal sentido se orientan las expresiones de los más autorizados filósofos del derecho. Ronald Dworkin comienza su obra *El imperio de la justicia* con una expresión según la cual “el razonamiento legal es un ejercicio de interpretación constructiva. Nuestro derecho consiste en la mejor justificación de las prácticas legales como un todo”.⁶ Hans Kelsen en su obra *Teoría pura del derecho* inscribe como uno de sus capítulos más importantes, verdadero pilar de construcción científica del derecho, el décimo, bajo el acápito de la “interpretación”. De acuerdo con sus ideas “La interpretación es una operación del espíritu que acompaña el proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a la inferior. Toda norma tiene que ser interpretada para su aplicación...”⁷ y según su misma expresión:

La norma es un marco (...) Interpretar es comprobar las diversas maneras de llenar el marco. La interpretación no conduce a una solución única que fuera la justa. El órgano que aplica la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. La interpretación es un acto de voluntad del juicio, de la facultad de discernir. Cuando una norma es creada el órgano creador tiene en cuenta también otras normas relativas a la moral, a la justicia, a lo que se denomina bien público, interés público, interés del Estado, progreso.

5 Mendel Holmes, Oliver. *The common Law 1982 Collecte Law papers 1920*. Cita de Luis Recasens Siches. En: *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. Fondo de Cultura Económica. México, Buenos Aires, 1956.

6 Dworkin. *Op. cit.* p. 11.

7 Kelsen, Hans. *Teoría pura de derecho*. Buenos Aires: Eudeba. 6a. edición, 1968. p. 163-168. Traducción de Moisés Nilve.

Theodor Viehweg en su libro *Tópica y filosofía del derecho* se sitúa en un punto medio, como una fusión de horizontes del pensamiento de cada una de las corrientes opuestas personificadas por los autores que vienen de presentarse. Viehweg distingue entre dogmática y cetética y aboga por un enfoque completo del derecho que debe incluir no solo la dogmática (la ley, o normatividad positiva) sino también la investigación básica del derecho, la filosofía del derecho. Es en lo que concierne al pensamiento cetético cuando Viehweg necesita el concepto filosófico hermenéutico.

El pensamiento cetético tiene permanentemente una función cognoscitiva: no permite que ideas fundamentales propuestas queden dogmáticamente fuera de cuestión sino que para poder avanzar en la investigación a veces tiene que ponerlas en tela de juicio. El pensamiento investigador es tentativo. Propone sus premisas tentativamente, las modifica, y si ello es necesario las deja de lado, cuando se siente ligado con su modelo se le reprocha con razón un dogmatismo inadmisibile.⁸

Otro filósofo del derecho, Chaïm Perelman, se abre paso obligado en estas menciones que se vienen ensayando. Según él las teorías del razonamiento judicial abarcan desde la exegética y la teleológica, la funcional y la sociológica, hasta las modernistas

que dejan un lugar creciente en la interpretación y aplicación de la ley, a la búsqueda de una solución que sea no solo conforme con la ley, sino también equitativa, razonable y aceptable. En una palabra: que pueda ser, al mismo tiempo justa y conciliable con el derecho en vigor. La solución buscada no solo debe poder insertarse en el sistema, sino también revelarse como social y moralmente aceptable para las partes y para el público ilustrado.⁹

Cronológicamente, antes de los mencionados doctrinantes, no deben pasarse por alto ideas como las de Holmes Oliver Wendell, magistrado de la Corte Suprema de Estados Unidos (1841-1935) quien contribuyó con reflexiones muy importantes a la nueva filosofía del derecho, como aquella según la cual el juez crea derecho cuando desempeña una tarea juzgadora, en un acontecimiento interpretativo. Su postura fue extrema, tensionante, pero su influencia, definitiva para lograr un cambio de horizonte en la concepción rígida de la dogmática jurídica. Las siguientes son sus palabras

8 Viehweg, Theodor. *Tópica y Filosofía del Derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa. 1a. edición, 1991. p. 102. Traducción de Jorge M. Seña.

9 Perelman, Chaïm. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. España: Editorial Civitas. 1976. p. 11. Traducción de Luis Díez Picazo.

La vida real del derecho no ha consistido en la lógica sino en experiencia. Las necesidades sentidas en cada época, las teorías morales y políticas predominantes, las intuiciones en que la acción política se ha inspirado, bien aquellas condensadas explícitamente o bien otras inconscientes, e incluso los *prejuicios* (subrayado extra texto y con intención) que los jueces tienen al igual que las otras gentes, han tenido que ver mucho más que los silogismos en la determinación de las normas para gobernar a los hombres.¹⁰

Este credo corresponde al realismo jurídico del derecho anglosajón, y es indudable que alienta una influencia contraria a la del pensamiento de la ilustración. Tradición humanista, la ilustración fue contraria al buen sentido o sentido común porque veía en ello una opción de prejuicio irracional. Por ejemplo, dice Holmes que el esquema total del derecho es el resultado de una tensión en cada punto entre la dogmática y el "buen sentido" y que "Muchos de los que se pregonan como principios jurídicos eternos son solo cristalización eventual de un prejuicio colectivo." Como ya se había anticipado, para el realismo jurídico, el derecho real y efectivo va a ser lo que sobre el caso planteado resuelvan los jueces. "La profecía de lo que los tribunales harán es lo que se ha entendido como derecho", dijo entonces Oliver Wendell Holmes.

Otro autor de importancia crucial en esta temática es el mexicano Luis Recaséns Siches. La obra que contienen las referencias que subsiguen es la *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*.¹¹ A propósito, pueden comprenderse algunas de sus expresiones: "La vida humana no es una realidad ya hecha, la vida consiste en hacerse a sí misma: ir decidiendo en cada momento lo que va a ser en el momento venidero. Tales decisiones consisten en elegir entre las posibilidades que el contorno nos depara en cada instante." Son conceptos de Luis Recaséns Siches que encajan perfectamente en la idea Heideggeriana sobre el ser como comprensión. Recaséns Siches destaca aspectos interpretativos del derecho porque expresa que si bien algunas de las posibilidades jurídicas se proponen, hasta cierto punto, como rutas ya diseñadas (leyes), hay otras que están esperando el despliegue imaginativo del sujeto, porque es este quien, tomando en cuenta aquello que las circunstancias le ofrecen, debe inventar o formular nuevas sendas de acción, y puntualiza que lo importante es percatarse de que el reino de lo humano es siempre el campo de la acción no predeterminada forzosamente de un modo unilateral, y que el reino de la acción es aquel en el que el sujeto decide dentro de un cierto grado de libertad.

10 Roscoe Pound The scope and purpose of sociological jurisprudence. En: Harvard Law Review XXIV y XXV.

11 Recaséns Siches, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. 1956, p. 131 y ss.

No puede cerrarse este acápite sin aludir a Robert Alexy. Debido a lo tangencial que debe ser esta referencia, dado el propósito del trabajo, se enfocará ella, apenas sobre el opúsculo llamado *Teoría del discurso y derechos humanos*, recibido en la traducción de Luis Villar Borda, y que la Universidad Externado de Colombia publicó el año 1995, en su primera edición. Se hace énfasis en que precisamente el primer capítulo, se intitula "Interpretación jurídica y discurso racional", con el propósito de relieves, una vez más, la importancia y la actualidad del tema de la hermenéutica. Este apuntamiento se limitará al último de los modelos mencionados que dice referir a las concepciones de Gadamer y de Emilio Betti. El punto central de este modelo es la estructura de la interpretación y la comprensión, según sus análisis. El concepto clave se contrae al círculo hermenéutico, dice, y agrega que para el derecho son significativos tres clases de círculos hermenéuticos.¹² El desenvolvimiento que hace el autor en torno a las ideas de tales círculos será analizado posteriormente.

Sin temor a exagerar puede presentarse un aserto según el cual el personaje más importante del derecho es el juez, y la inquietud preponderante, crucial, es la de proferir la sentencia como acto de creación del derecho que se plasma en la manera como los jueces juzgan los casos conflictivos. Desde estas nuevas concepciones del derecho que miran a la interpretación jurídica como la médula del concepto y validez del derecho, el juez es el órgano más importante y por lo mismo el más peligroso en la sociedad contemporánea. Piénsese en el impacto que produce en cualquier persona un juicio injusto, sea de orden penal y que por lo mismo cause un daño moral irreparable, o aunque, meramente verse sobre el patrimonio o que signifique la consideración de que una conducta del individuo está prohibida por la ley; en todo caso representará un estigma para quien sea víctima de una injusticia que lo declare y marque como proscrito.

Es pues, desde esta óptica como se avanza en alguna búsqueda de las concepciones filosóficas contemporáneas en torno a la temática de la interpretación.

DESDE PLATÓN Y ARISTÓTELES Y LA CRÍTICA DEL JUICIO HASTA HEIDEGGER Y GADAMER

Para enfrentar los cuestionamientos de la filosofía actual en ese movimiento que también puede mencionarse como el giro hacia la praxis, reviste fecundidad especial el regreso constructivo a las concepciones de Platón y de Aristóteles. Todo ello aun desde la perspectiva según la cual, la concepción platónica acerca de la filosofía práctica solo obtuvo significado con la tarea madurada en este siglo. La filosofía de

12 Alexy, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1a. edición, 1995. p. 40.

la interpretación en el curso del trabajo de Heidegger y de Gadamer se apuntala precisamente en los maestros de la antigüedad.

PLATÓN

Un examen sobre la realidad de la culturas hizo entender a los griegos la relatividad del Nomos (los que siguen son pensamientos tomados, en esencia del artículo *Logos y nomos, Platón y el reto político de la sofística en el Gorgias y el Menón* escrito para estudios de filosofía, por el doctor Jochen Wagner en traducción del Doctor Javier Domínguez H. de la Universidad de Antioquia.¹³ Por los obligados contactos comerciales de ultramar que significaron las aperturas colonizadoras con costumbres y con leyes de muchos pueblos se entendió su relatividad circunstancial. El Nomos perdió entonces su carácter absoluto. Los griegos se vieron avocados a nuevas expresiones políticas y por ello debieron prepararse convenientemente para sus nuevas tareas. Este puede considerarse como el contexto en donde florece la retórica clásica. Los sofistas fueron los maestros de la retórica concebida como capacidad de acción y destreza social. Solamente cuando la retórica hace la presentación a modo de opinión de diferentes posiciones, es provechosa porque diferencia específicamente cada una de las varias aperturas de solución, de decisión, de acción. Es un provecho de racionalidad para las decisiones públicas, y con ello una posibilidad de constitución y de fortalecimiento de la comunidad; y esto es lo que constituye el mérito decisivo de la retórica política, como un medio irrenunciable de autocomprensión política;¹⁴ se pierde confianza en la intangibilidad del nomos que se va pergeñando como concepto arbitrario y se le separa de la physis hasta que Aristóteles reconcilia de nuevo los dos conceptos teóricamente en el del ethos, que concibe como una segunda naturaleza;¹⁵ aparece así la concepción platónica del procedimiento dialógico. El diálogo es un programa para Platón; se vale de él como un medio de exposición de la filosofía, convencido de que una comunidad práctica en lo sustancial solo se puede tener en torno al logos y por medio del logos. Apoyarse en el logos significa apoyarse en un lenguaje recíproco. En el gorgias Platón se cuestiona por la esencia de la retórica y culmina con la pregunta por la recta conducción de la vida. Las conversaciones, logoi, sirven para la comprensión de la realidad. Abrimos el mundo por medio de preguntas, y las conversaciones nos permiten su comprensión. Según la autocomprensión de los protagonistas del diálogo platónico (Gorgias, Polo y Calicles) la retórica pertenece al contexto

13 Wagner Jochen. *Logos y nomos*. Traducción de Javier Domínguez H.

14 *Ibid.* p. 8.

15 *Ibid.*

funcional de los medios de autoafirmación ciudadanos. Para Platón la retórica es asunto serio como algo al servicio de las representaciones tradicionales de la justicia. Los discursos, en expresión de Gorgias, son siempre ya discursos sobre algo definido y sirven no solo para el entendimiento entre los hombres sino, más aún, para la comprensión de la realidad. En vista de que abrimos el mundo por medio del lenguaje, los discursos son el medio a través del cual nos ponemos en concordancia con él. Si de esta idea no se abusa puede ella conducirse sin trabas hasta la intención platónica que puede interpretarse como

el reclamo en nombre del saber, de una reflexión sobre ese status intermediario de las opiniones que subyacen en toda autocomprensión y toda comprensión del mundo, algo que hay que recordar siempre de nuevo si de lo que se trata es de las posibilidades de una praxis política razonable. Por consiguiente, todo saber solo puede constituirse como anticipo de un sentido comunitario.¹⁶

Es la retórica que en Platón también es dialéctica, porque el lenguaje constituye y sustenta la orientación común de todos en el mundo, como lenguaje de la polis. La moderna filosofía del derecho pone ya su acento en la relevancia pragmática del discurso y de los deberes comunicativos que en él subyacen cuando se trata de justificar puntos de vista que sirvan para la solución de problemas normativos. En el ámbito de la retórica se solucionan: la problemática lingüística del derecho, su lógica operativa y el discurso que busca darle fundamento.

IMMANUEL KANT

Cualquier ahondamiento que se realice en el universo de la filosofía contemporánea pone de manifiesto que la razón práctica es la coyuntura filosófica que se está viviendo: el mundo de las ideas contemporáneas es el mundo de la libertad y de la acción en el dominio de la voluntad y la decisión. Este es el contexto o marco desde el cual tiene que comprenderse el derecho, y muy especialmente a su protagonista más cualificado, el juez. Cabe entonces, indicar como un primer ítem necesitado del análisis el de la actividad judicial, como juicio.

Immanuel Kant en su *Crítica de la facultad de juzgar*,¹⁷ de la cual se ha dicho que primero fue una crítica del gusto, deja traslucir matices diferentes de los que irizaron sus dos anteriores críticas: aperturas significativas, como avances que superen la separación del sujeto cognoscente con respecto a lo conocido. Los análisis kantianos parecerían un discurso que en la mitad del camino de la historia, y para el

16 *Ibid.* p. 27, 28.

17 Kant, Immanuel. *Crítica de la facultad de juzgar*. Monteavila editores. 1a. edición, 1992. p. 8. Traducción de Pablo Oyarzun.

desempeño de su tarea se le hubiera dirigido a los jueces. En general la facultad de juzgar es la capacidad de pensar lo particular (el caso) en cuanto contenido (subsumido) en lo universal (la regla)... y ese es el juicio. Esa es siempre la tarea del juez. El juez juzga. Cualquiera que sea la índole del raciocinio que utilice, la lógica o la dialógica a la cual recurra, su tarea es pensar lo particular en lo general, lo concreto singular en lo universal abstracto. Para Kant esa subsumción trascendental, si desenvuelta en la razón pura, en cuanto trascendental debe ser cabal, exhaustiva, precisa. Pero hay otra especie de juicio, el que corresponde a "la variedad infinita de los casos empíricos, de los cuales hay que esperar que se den, para determinarlos conceptualmente", y esa es esencialmente esquiva a la precisión, porque en su mera particularidad esos casos no son enteramente deducibles a partir de la regla, es decir, no pueden ser, desde ella, rigurosamente anticipados. Pero como todo objeto posible de la experiencia responde a una regla o pauta de producción, para Kant es entonces tarea de la imaginación trascendental, suministrar la indicación correspondiente por medio de los esquemas, como representaciones del proceder de la imaginación que proporcionan la imagen de un concepto.

El positivismo jurídico en su más moderna concepción H. L. A. Hart¹⁸ considera que hay unos usos comunes de la palabra derecho y otros usos limítrofes o indefinidos de la misma. Los casos gobernados por palabras precisas permiten al juez su decisión a la manera de silogismo racional kantiano, pero los casos dudosos e indefinidos, gobernados por el uso de las palabras jurídicas no precisas ni exactas, necesitan otra clase de raciocinio, otra lógica para la definición. De esta manera pues, ante una teoría o un conocimiento general, el juicio subsume hechos en la regla y concluye. Pero ante hechos sin teoría, sin concepto general definido que les preceda, la facultad de juzgar reflexiona en términos kantianos, y así vincula lo particular con lo general.

En este esbozo se adivina ya el terreno de la hermenéutica, como un trabajo de mediación que se le trace al juez, que le ensaye caminos, y le acomode estrategias, porque a la postre la hermenéutica es una capacidad de juzgar, es una capacidad natural del hombre y la más necesaria para el juez.

Como antes decía haciendo referencia a Kant juzgar es subsumir lo particular en lo general y a veces esta operación es muy clara pero otras no. El autor destaca que no puede darse una reglamentación lógica trascendental para realizar esa subsumción, porque no hay una instancia que permita vigilar la actividad de la capacidad de juzgar. No hay reglas de las relaciones que se establecen en el juicio. Por eso el juicio es pensamiento pero no conocimiento. No se aprende a juzgar con

18 Hart, H. L. A. *El concepto del derecho*. 1961. 2a. reimpresión, junio 5 de 1977. Traducción de Genaro R. Carri6-Abeledo Perrot.

reglas o cursos sino con la práctica. El buen juicio no puede enseñarse, se ejercita, lo mismo que el juicio estético. Para Kant en el juicio hay una doble función: la determinante y la reflexionante. Por eso el juzgar sería una mediación entre el entendimiento y la razón. Esta concepción de la crítica del juicio de Kant es clave: recoge la cuestión acerca de la falta de un principio que asegure objetividad lógica a las aplicaciones de la capacidad de juzgar. Es verdad que de esta manera Immanuel Kant suelta las alas, la crítica del juicio se vuelve una función jurisdiccional. Emerge en ella la idea de que la capacidad de juzgar es una capacidad cognitiva irreducible, que como actividad reflexionante opera con miras a un fin formal, no objetivo. En esta forma Kant vuelve a dar sentido y categoría a la facultad de juzgar como facultad superior: entre el entendimiento y la razón está el juicio, con su propio principio a priori para la búsqueda de leyes. Lo que es definitivo como prolegómeno hermenéutico y para el desempeño de la función jurisdiccional es la tarea mediadora que realiza el juicio en la concepción kantiana: el pensar lo particular como contenido en lo universal. La subsumción del caso obvio, no es la más frecuente, tampoco en la aplicación del derecho y por eso son pautas importantes para el juez las que delinea Kant cuando le indica que si lo universal no resulta obvio y axiomático y tan solo encuentra un caso particular, debe acometer desde la búsqueda de lo universal, indagar por la ley aplicable con un juicio reflexionante que vaya de lo particular a lo general, no en una secuencia lógica, sino en un camino de exploración, de búsqueda, de pregunta y respuesta, desde esto hasta aquello, sin principio lógico a priori que lo auxilie. Pero busca fines: la facultad de juzgar tiene que suponer que en la naturaleza hay una finalidad que pertenece a la naturaleza misma y así se dan principios subjetivos con consecuencias objetivas. Es la Teleología que aparece en la segunda parte de la Crítica del juicio.

El mérito indudable de Kant es el haber otorgado rango superior a la capacidad de juzgar y haber logrado superar el predominio despótico de la "ratio" sobre esta razón que está impregnada de ánimo, de espíritu. En el racionalismo no tiene sentido el espíritu. Para Kant, *el espíritu es el principio vivificante del alma*. Y la aplicación de la ley moral se situaría definitivamente en el lindero de la razón práctica. Es en ese contexto donde hace su aparición el imperativo categórico, como un llamado a la aplicación del propio juicio. En ese ámbito se tiene que tomar una determinación tal que cualquier hombre la tomara. Y este es un significado heurístico que no solo fomenta indudablemente la creatividad del juez sino que asegura en cierto modo la idea formal de justicia como principio de acción de acuerdo con el cual "los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados de la misma manera"¹⁹ porque además el imperativo categórico no está escrito, hay que formularlo, y

19 Perelman, Chaïm. *De la justicia*. México: Centro de estudios filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1964.

lo formula el juez pero de algún modo subordina su juicio a una normatividad razonada.

ARISTÓTELES

También Aristóteles plantea su método de racionalidad práctica, cuya excelencia es la prudencia y no el método. Este modelo de filosofar práctico más que resolverse por vía epistemológica pretende intervenir adecuadamente en la praxis: es un saber que también es un querer. La lógica como *Techne* responde al aspecto retórico, como una teoría operativa de las acciones discursivas coherentes.

Según Aristóteles, en el mundo del problema ético no debe hablarse de exactitud máxima como se hace en el matemático; se trata tan solo de hacer visible el perfil de las cosas y ayudar a la conciencia moral. Otro postulado de Aristóteles consiste en sostener que el problema del método está determinado por el objeto y ello es fundamental para el propósito que se persigue como búsqueda de la actitud comprensiva que corresponda a las denominadas ciencias del espíritu. El saber moral tal como lo describe el estagirita no es un saber objetivo. El que sabe moralmente se enfrenta con una constelación de hechos que a él mismo le envuelven y que no se limita a comprender, porque lo que conoce lo afecta inmediatamente. Cuando Aristóteles habla de las ciencias del espíritu o de la moral dice que su objeto es el hombre y lo que éste sabe de sí mismo, como ser que actúa y que el saber que tiene de sí mismo no pretende comprobar lo que es, porque el que actúa trata con cosas que no siempre son como son sino que también pueden ser de otra manera. Por eso tiene que descubrir con respecto a ellas como procede desenvolver su acción. El concepto aristotélico de la experiencia es el de un acontecimiento que nos sucede. Puede leerse esta idea en su expresión según la cual el saber tiene que dirigir el hacer humano. El saber, la experiencia. Es un acontecimiento que nos obliga a formular replanteamientos, programas de acción. La precisión conceptual aristotélica va unida a la intuición, a la experiencia y al contacto con la realidad, es circunstancial, es situacional. Precisamente, las denominadas ciencias comprensivas se trazan modernamente sobre el arquetipo aristotélico de las ciencias prácticas, el esquema originario de su ética y de su política son ese su modelo de saber *allo eidos gnoseos* que relieves también en la ética nicomaquea.

HEIDEGGER

Lo que en este trabajo se va a destacar de la filosofía heideggeriana es su concepto de historicidad del ser, dimensión desde la cual se proyectan conse-

cuencias inagotables para la comprensión de las ciencias del espíritu. La ontología fundamental de Heidegger sitúa en primer plano el problema de la historia.

El segundo Heidegger de "ser y tiempo" presenta el ser del hombre como el ser ahí: un ser arrojado: como proyectado y con libertad. Para él la comprensión hermenéutica más que un método es fundamentalmente un movimiento, una existencia, un antes, un con y un después del método. La comprensión es el ejercicio mismo de la existencia. Se existe comprendiendo y no puede ser de otro modo. Solamente se comprende porque se existe y como y cuando se existe. Esta es su anticipación del concepto de la movilidad histórica que tiene gran importancia en la filosofía hermenéutica. Esa movilidad es la que afloja la tensión que se da entre la identidad y la lejanía, o extrañeza del objeto que ha de interpretarse, en la situación cambiante en la que se busca comprenderla. Esa historicidad como principio significa precisamente que somos finitos. Son siempre las raíces heideggerianas de la hermenéutica, éstas que a la manera de gotas de lenguaje se presentan: la intención con el ser, la pregunta por él, es llamar la atención sobre un acontecimiento; es una pregunta que abre el horizonte. El ser humano, el ser ahí, más que deducir, comprende. El ahí del ser humano no es ni principio supremo ni final; y esa misma y no otra es la dimensión de la comprensión. Las palabras no existen ahí sino que el hombre las busca en su interior y en esa tarea inmensa, construye, se arroja, se proyecta.

Gadamer en *Verdad y Método* parte de las ideas del segundo Heidegger pero hecha mano del pensamiento que éste definió desde 1920 antes de que escribiera *Ser y Tiempo*. Se comprende lo que se comprende, se da desde la óptica nueva en la filosofía una secuencia de ideas que buscan involucrar al sujeto en el conocimiento. El conocimiento es histórico. El modo de ser humano heideggeriano no es el de un ente, sino el de un cuando, en un lugar en el espacio-tiempo: dónde y cuándo se muestra la historia del ser y su ocultamiento y desvelamiento circulares. Para Heidegger la esencia de la verdad es la libertad. Y este es un pensamiento con repercusiones inconmensurables. La vida está aquí, no en el mundo de la reflexión a priori. Proyecto y arrojamiento. Libertad y limitación y eso es pensar lo histórico en su sentido más radical. Para Heidegger no es cierto tanto nuestro hacer como lo que sucede con nosotros cuando nuestro pensamiento nos conduce al camino del pensar. Son históricos el pensamiento y la razón.

Como antes se dijera, toda la moderna filosofía reacciona contra la pretendida objetividad de la racionalidad que aisló al sujeto cognoscente del objeto conocido. En esta dirección desde Hursserl inclusive, en todo sentido del conocimiento solo se hace comprensible y demostrable desde la óptica de la

temporalidad e historicidad del ser. La esencia de la filosofía moderna es para él la autorreflexión radical. Heidegger asume las investigaciones de Dilthey y las ideas de York y continúa la filosofía fenomenológica de Hursserl. Ciencia es el significado del ser al determinarse desde el horizonte del tiempo. La tesis de Heidegger consiste en sostener que el ser mismo es tiempo: el estar ahí se pregunta por su ser y se distingue de todo otro ente por su auto-comprensión. Comprender es la forma originaria de la realización del ser-ahí del ser en el mundo, en cuanto que es poder ser y posibilidad. Comprender es el carácter óntico original de la vida humana misma. Toda comprensión revisita un carácter de proyecto y se la piensa como movimiento de la trascendencia: del ascenso por encima de lo que es.

El que sigue es el mismo hilo conductor de esta idea desde la óptica heideggeriana de "ser y tiempo".²⁰ Véase: "El ser ahí como comprender" (es el acápite 31 de la obra y son pensamientos heideggerianos los que pasan a puntualizarse). El comprender es siempre afectivo porque el comprender es un modo fundamental del ser, del ser ahí. El estado de abierto del ser se llama comprender. El ser ahí es ontológicamente inferior a la realidad y a la necesidad, su posibilidad en cuanto existenciarío es la más original y última determinación ontológica positiva porque la posibilidad no significa poder ser libremente flotante, dado que el ser ahí en cada caso ya está sumido en determinadas posibilidades como que ha dejado pasar de largo algunas. El ser ahí es ser posible entregado a la responsabilidad de sí mismo. Es posibilidad arrojada de un mojón a otro. El comprender concierne siempre a la total estructura fundamental del ser en el mundo; por eso el comprender tiene en sí mismo la estructura existenciaría que llamamos la proyección, que concierne siempre al pleno estado de abierto del ser en el mundo. En su carácter de comprensión, el comprender constituye existenciaríamente aquello que llamamos el ver del ser-ahí, ver responde al estado de iluminado con que caracterizamos el estado de abierto de ahí: permitir que hagan su aparición sin encubrimiento, en sí mismo, los entes accesibles en él.

Sobre las apuntaciones anteriores son ilustrativos los comentarios del mismo Gadamer, según los cuales, solo cuando aprendió, en Heidegger, a conducir el pensamiento histórico hacia la recuperación de los planteamientos de la tradición, las viejas cuestiones le resultaron tan comprensibles y vivas que se tradujeron en preguntas. Y eso, dice Gadamer, es experiencia hermenéutica fundamental. Indudablemente Hursserl y Heidegger proporcionaron bases definitivas a la hermenéutica filosófica.

20 Heidegger, Martín. *El ser y el tiempo*. Fondo de Cultura Económica. 1a. reimpresión de la segunda edición. 1963. p. 160 y ss. Traducción de José Gaos.

Se hizo propio el acápito que desarrolla el mismo Gadamer, porque como en un "destino" el llamado del comprender, lo situó en el camino de este trabajo.

DWORKIN Y HART DESPUÉS DE KELSEN

La hermenéutica jurídica como cualquier hermenéutica, es un: mediar comprensivamente. Hay en ella una mediación entre el sentido originario o histórico de la ley, desde el cual el juez intenta reconducir la comprensión hacia una adaptación al presente jurídico. No es coincidencia que el libro de Schleiermacher aparezca dos años antes que el de Savigny. Para entonces en la historia del derecho se están superando las concepciones de la exégesis y se busca en algunos métodos interpretativos reconstruir la ley según el espíritu del legislador. Ese es el método lógico que las mismas leyes prescriben en sus cuerpos para el desempeño de la tarea hermenéutica del juez. Savigny agrega los que igualmente denomina "métodos de interpretación": el histórico y el sistemático. No prescinde del gramatical y del lógico, pero a este último le confiere otro significado, influido tal vez por Dilthey: es la lógica científica la búsqueda de las conexiones entre proposiciones. Además, según Savigny, para determinar con exactitud un contenido normativo, el juez no puede prescindir del conocimiento histórico, del sentido originario de la ley, pero, y este es su avance: no puede quedarse en él con apegamiento empático por el espíritu del legislador. Al ritmo del tiempo la ley tiene que ir determinándose para lograr su cometido.

Pocos discuten hoy que el juez cuando profiere la sentencia tiene que cumplir una tarea interpretativa peculiar. Pero el concepto mismo de interpretación, en sus alcances cabales sigue siendo un pensamiento problemático. En esa indagación por el sentido de una hermenéutica jurídica acorde con las modernas tendencias filosóficas tiene que destacarse el concepto autorizado de uno de los más importantes filósofos del derecho contemporáneo: para Ronald Dworkin no cabe duda de que la interpretación del derecho es una interpretación creativa. Anticipa que se interpreta desde muchos conceptos diferentes. Un contexto familiar de la interpretación es el de la conversación. La interpretación científica se ofrece en otro contexto, y la artística, todavía en otro. La del derecho, guarda paralelo con la artística: ambas apuntan a

21 Gadamer, Hans Georg. *Verdad y método I*. Salamanca: Ediciones Sígueme. 5a. edición. 1993. p. 396. Traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito.

interpretar algo creado por personas: hay un autor de la obra que difiere del intérprete quien a su vez produce. Ambas, la del derecho y la del arte son interpretaciones creativas.²² Es indudable que el de Dworkin es un pensamiento que discurre por cauces paralelos a los gadamerianos. Para Gadamer la interpretación de textos jurídicos es la tarea de la búsqueda del derecho y del juicio correcto y se desenvuelve en una inevitable tensión entre la generalidad de la legislación y las diferencias que dan estructura al caso conflictivo. Siempre cuando el juez interpreta la ley realiza un acto de creación.

Toda aplicación de una ley rebasa la mera comprensión de su sentido jurídico y crea una nueva realidad, ocurre como en las artes reproductivas en la que se trasciende la obra dada, sean notas musicales o un texto dramático, a medida que la interpretación crea y establece nuevas realidades.²³

También Dworkin se regodea en la descripción de un ejemplo que pretende mostrar cómo las artes reproductivas recrean la obra que se interpreta (Dworkin realiza el ejemplo del Mercader de Venecia) y abunda en descripciones que significan creación, que son las que dan vida circunstancial y de actualidad e interés a la obra, aun sobrepasando los méritos del autor.

Ya en Hans Kelsen, en su teoría pura del derecho, cuando este jurista excelso se empeña en explicar el concepto relativo a la regla jurídica como correspondencia con la tarea interpretativa que realiza el científico del derecho al recrear las normas jurídicas que han sido puestas en el sistema, argumenta que esta labor no es útil porque su recreación sucede a la manera como un artista interpreta al piano la obra clásica.²⁴ Nadie jamás podrá aludir a una tal interpretación como una tarea repetitiva inútil.

ROBERT ALEXY

Robert Alexy es otro iusfilósofo contemporáneo cuyo pensamiento disputa en este horizonte interpretativo del derecho. Su discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico en general. Traza varios modelos alternativos de interpretación jurídica: el deductivo, el decisorio, el hermenéutico y el de la coherencia. Siguiendo al autor se hace a continuación una sucinta presentación de cada uno de estos modelos de interpretación del derecho, así:

22 Dworkin. *Op. cit.* p. 47.

23 Gadamer. Hans Georg. *Verdad y método II*. Salamanca: Ediciones Sígueme. 2a. edición 1994. p. 301. Traducción de Manuel Olazagasti.

24 Kelsen. *Op. cit.* p. 47.

MODELO DEDUCTIVO

En este, el juez infiere la decisión de cualquier caso jurídico de una forma lógica-científica, desde un sistema que se integra por normas vigentes y definiciones de lo que es derecho.²⁵ Este ya no es sustentado por nadie como modelo único de aplicación del derecho.

Universalmente se acentúa o por lo menos se toma en consideración el papel creador de quien lo aplica. Todavía se discute, sin embargo si al menos los casos sencillos pueden resolverse por medio de una deducción, dejando para los casos definidos una solución apoyada en los medios no deductivos, o mejor presentando como deducción el modelo decisorio. En esta línea de pensamiento están aún vigentes las concepciones jurídicas que Dworkin analiza como modelo único, tan solo tiene cabida para los casos evidentes, con respecto a los cuales las reglas jurídicas semánticas para el uso del concepto jurídico no ofrecen dificultad alguna, subsiste la utilización del modelo deductivo en las denominadas teorías semánticas del derecho.

EL MODELO DECISORIO

Este modelo aparece como reacción a la crisis del deductivo y presenta muchas variantes: desde las concepciones del derecho libre, pasando por las escuelas realistas hasta las analíticas. Es común a todas estas tesis que el juez solo pueda deducir con fundamento en reglas extrajurídicas cuando quiera que medidas autoritativas como leyes y precedentes dejen un espacio de libertad; así lo planteó Austin. Aun para Kelsen, en casos difíciles el juez resuelve como un legislador un problema jurídico político y su decisión se apoya en un acto de voluntad. Y en la misma línea, Hart, decide con libertad de apreciación, los casos con respecto a los cuales la vaguedad del lenguaje del derecho, los presenta como problemáticos. En todos estos eventos la decisión del juez no sería la única correcta, pero sí sería correcta.

EL MODELO HERMENÉUTICO

Este es el modelo de Gadamer y de Betti. Rober Alexy apunta que ha sido recibido por Larenz, Kauffaman y Esser y expresa que el punto central de este modelo es la estructura de la interpretación y la comprensión, y que el concepto clave radica en el círculo hermenéutico; pasa luego a relievar como significativas para el derecho, tres clases de círculos hermenéuticos,²⁶ el primero de los

25 Alexy, Robert. *Op. cit.* p. 37.

26 Alexy, Robert. *Teoría del discurso y los derechos humanos*. Traducción de Luis Villar Borda. Primera edición abril de 1995. p. 41.

cuales concierne a la relación entre la llamada precomprensión y el texto, el segundo es el de la parte y el todo, y el tercero y último, se relaciona con la norma y los hechos.

Círculo de la precomprensión y el texto. Alexy explica este círculo gadameriano, afirmando que una precomprensión es una hipótesis con la que el intérprete aborda el texto. Esa hipótesis es expresiva de una presunción o expectativa del intérprete acerca de la solución correcta del problema jurídico pendiente de decisión. Su contenido está determinado por las peculiaridades cosmovitales y la experiencia profesional del intérprete. Relieva también Alexy que para Gadamer la forma geométrica del círculo significa que entre el texto de la norma y la hipótesis de interpretación existe un efecto recíproco. De una parte, nunca puede el texto de la norma, sin una hipótesis de interpretación, experimentarse, como problemático ni como no problemático; por lo demás, la hipótesis de interpretación tendría que examinarse igualmente sobre la base del texto de la norma, con ayuda de las de la metodología jurídica.

El círculo de la parte y el todo. Este es el segundo círculo hermenéutico de Gadamer que Alexy destaca. En él Gadamer, según expresión de aquél, de un lado supone la comprensión de una norma y de otro la comprensión del sistema normativo al que ella pertenece; y a su vez la comprensión de ese sistema de normas no es posible sin la comprensión de las normas particulares que lo integran.

4.2.3.3. *El círculo de la norma y los hechos.* Acorde con el pensamiento de Alexy, este es el tercer círculo hermenéutico gadameriano que sirve a la interpretación jurídica; en él, las normas son universales y abstractas y los supuestos fácticos que en ellas deben encontrar aplicación, son individuales y concretos. Las normas contienen pocos rasgos, los hechos, potencialmente, una infinidad.²⁷ Estos se describen de una parte con ayuda de los rasgos característicos en los tipos legales de la norma; pero también pueden los rasgos de los hechos, ser el motivo para aplicar otra norma y no la inicialmente prevista o para precisar o rechazar una característica del tipo legal, o añadirle otro rasgo; de esta manera, la definición de la exigencia circunstancial del caso concreto da paso a una tarea interpretativa de la mayor trascendencia.

Karl Engisch acuñó una fórmula: "el ir y venir de la mirada" *Logische Studien zur Gesetzsanzwendung*, Heidelberg, 1943. p. 15.²⁸

27 *Ibid.* p. 43.

28 *Ibid.* p. 42.

Theodor Viehweg presenta un pensamiento relevante en torno a esta exigencia tensionante del caso concreto, en su diferencia individualizante, confrontada con la generalidad de la ley: el problema solo puede resolverse cuando todos los rasgos de los hechos y todas las características de la norma posiblemente correspondiente, sean tomados en cuenta. El postulado que se encuentra detrás de este tercer círculo exige que todos los puntos de vista relevantes del caso conflictivo sean considerados, y esto indudablemente representa un criterio fundamental de la racionalidad moderna.

HANS-GEORG GADAMER Y TODOS LOS DEMÁS PERO DESDE LA ÓPTICA DE ÉSTE

El modelo hermenéutico que describe Robert Alexy, cuando hace referencia a Gadamer, anticipa conceptos acerca de la estructura de la comprensión del derecho, y por lo menos esos tres postulados fundamentales de racionalidad: el texto y la precomprensión, el todo y la parte y la ley y el texto. Se intenta ahora otro camino, otra mirada sobre el mismo tema, ahora desde el ángulo gadameriano, como la presentación verdadera y propia que el autor realiza de los mismos tres círculos hermenéuticos. La escisión sin embargo, tan solo tiene un propósito analítico en correspondencia con la que hace Alexy.

EL CÍRCULO GADAMERIANO DE LA PRECOMPRESIÓN Y EL TEXTO

En general, Gadamer acude a referencias expresas que tienen por objeto la hermenéutica jurídica porque considera que el derecho es un ejemplo paradigmático de exigencia de la metodología de conocimiento como la que corresponde a las ciencias del espíritu y que ha sido y es un procedimiento peculiar de aprehensión del sentido de las mismas.

La hermenéutica jurídica en la presentación gadameriana establece un vínculo entre pasado y presente cuando el juez se apresta a aplicar una ley, una norma que ha recibido de la historia, de los códigos, y que tiene que comprender desde las exigencias de un conflicto que se vive en el presente. El juez confrontado con esa tensión, acomete la tarea interpretativa en un ambiente de libertad histórico efectual, que como tal "no significa que su interpretación de la ley sea una traducción arbitraria. También en su caso comprender e interpretar significa conocer y reconocer un sentido vigente."²⁹ Es la descripción de los polos tensionantes: la ley y la condición histórica del juez; el movimiento de la libertad del juez que busca comprender el sentido de la ley a partir de su estado histórico

29 Gadamer. *Verdad y método* I. p. 25.

efectual, del que le es imposible liberarse, pero que tiene que depurar, desde su precomprensión. Con sus prejuicios, con sus precomprensiones, busca en el texto el sentido, la calidad de comprensible que la ley pueda proyectarle y así, como en una experiencia orientada sobre el texto de la ley, lo recrea, lo reproduce con características de concreción, especialidad, imaginación, actualidad y por qué no, arte.

Ronald Dworkin se refiere a este tópico en términos de perfecta correspondencia con las expresiones gadamerianas:

La interpretación constructiva es cuestión de un propósito impuesto a un objeto, ley, para hacer de ella el mejor ejemplo posible de la forma y género al cual pertenece. Pero no hay libertad total porque la historia o forma del objeto restringe las interpretaciones posibles. La interpretación creativa, bajo la perspectiva constructiva, es una cuestión de interacción entre propósito y objeto... La aplicación del propósito abstracto a la situación está muy lejos de ser un ejercicio histórico y neutral sobre la reconstrucción de un estado mental del pasado. Es inevitable que comprometa las opiniones artísticas (jurídicas) del intérprete, en la misma forma que sugiere la descripción constructiva de la interpretación creativa, porque desea encontrar los mejores medios de expresar, con el texto en la mano, las grandes ambiciones artísticas (jurídicas) que el legislador jamás declaró.³⁰ (Las interpolaciones concernientes al derecho son ajenas al texto y se hacen con propósito).

La idea de la precomprensión corresponde al concepto que también Heidegger ofrece, según el cual la comprensión no es la mera aprehensión de algo dado, de ese fósil que es la norma. No es la norma y nada más (también aquí las interpolaciones corresponden al autor del trabajo y son ajenas a Heidegger). Es la norma y lo que el juez ve y lo que el juez sabe. Son sus prejuicios, sus precomprensiones.

La interpretación de algo como algo se da en un proyecto comprensivo dentro de un universo hermenéutico gadameriano. Eso es lo que Heidegger llama sentido. Ese es el que el juez busca en la norma: el lenguaje como palabra interior, el sentido. La norma misma en cuanto entra en la comprensibilidad del juez que es humano y finito. El juez intenta responder a la idea jurídica de la ley mediándola con el presente. Es la circularidad hermenéutica como tensión entre lo familiar y lo extraño. Lo que el juez busca reconocer es el significado jurídico de la ley, no el significado histórico de su promulgación o de su aparición fosilizada en unos cuantos casos cualquiera de su aplicación. Su proyecto de sentido no se cierra, se abre incesantemente con

30 Dworkin. *Op. cit.* p. 51.

preguntas y respuestas y nuevas preguntas: el juez entra y sale del círculo y así tiene que ser porque lo que importa es siempre entrar en él de modo justo, con acierto. No puede aflojar el rigor ni el mérito pero tampoco puede encastrarse, tiene que abrirse, imaginar, crear, como un artista.

En este círculo pues, que Alexy puntualiza como precomprensión y texto, Gadamer relievra que en la medida en que el verdadero objeto de la comprensión histórica no son eventos sino significados esta comprensión no se describe correctamente cuando se habla de un objeto en sí y de un simple acercamiento del sujeto a él. En toda comprensión histórica tiene que entenderse que la tradición que llega, habla en el presente y es comprendida así.

Los pensamientos de Dworkin son paralelos a los de Gadamer también por lo que respecta a estas precisiones:

Los intérpretes piensan dentro de una tradición interpretativa de la que no pueden escapar por completo. La situación interpretativa no es un principio de Arquímedes, tampoco es lo sugerido en la idea de que el objetivo de la interpretación es hacer parecer de la mejor manera posible aquello que se interpreta. Una vez más apelo a Gadamer, cuya descripción de la interpretación que reconoce, a pesar de luchar en contra, las restricciones de la historia, da en la nota exacta.³¹

“Interprete ad interpretandum” es el tema hermenéutico que no permite ejercitar el ideal técnico metodológico del observador distante; del metodologismo que elimina cualquier intervención del sujeto en el conocimiento, so pretexto de objetividad. Para la hermenéutica uno ve lo que sabe y comprende lo que comprende. No es un penetrar estéril y frío en el texto de la ley, sino, contar con lo que se tiene como ser humano juez, con lo que se sabe, con lo que se es, y hacerlo útil en la tarea productora de su milagro, de su acontecimiento, de la sentencia. Es la reivindicación del prejuicio como precomprensión. El prejuicio es el juicio que el juez tiene que mantener mientras no se le invalide.

Aun en el entendimiento kelseniano del derecho, el hombre que lo aplica, le imprime su propia huella y en especial el juez que crea derecho cuando profiere sentencia porque decide y es ahí donde se ve la obra del hombre en el derecho.

Heidegger expresaba que el saber no es solo representarse algo, porque conocer un objeto es saber lo que se quiere con él en el mundo. Para Gadamer la comprensión lúcida, con respecto a una verdad siempre a prueba. De

31 *Ibid.* p. 55.

pronto en Dworkin se encuentra el mismo pensamiento: “La interpretación creativa no es una conversación sino una construcción, se interesa en el propósito y no en la causa, pero los propósitos en juego no son los del autor sino los del intérprete”.³²

La tensión del juez como vinculado con el texto a pesar de su precomprensión y del propósito que como sentido logre del texto mismo, como proyecto de comprensión, se puntualiza en la estructura circular desde anticipaciones heideggerianas:

El círculo no debe degenerar en un círculo vicioso, ni siquiera en uno permisible. Hay en él una posibilidad positiva para el conocimiento más originario, posibilidad que solo se alcanza realmente una vez que la interpretación ha comprendido (p. 66) que su tarea primera, permanente y última consiste en no dejar que la experiencia previa, la previsión y la anticipación sean suplantadas por ocurrencias y nociones vulgares, y asegure el tema científico en su elaboración desde las cosas mismas.

En realidad Heidegger no demuestra la existencia de un círculo sino que dice que este círculo tiene un sentido ontológicamente positivo.³³

La conclusión gadameriana expresa que toda interpretación correcta debe guardarse de la arbitrariedad de las ocurrencias y de la limitación de los hábitos mentales inadvertidos y si se tiene que fijar en las cosas mismas. El regirse por la cosa misma en una decisión es la tarea primera, permanente y última porque es preciso fijar la mirada en la cosa frente a cualquier desviación (V y M II 65) que asecha siempre al intérprete desde su propia posición.³⁴

EL OTRO CÍRCULO. EL CÍRCULO ENTRE EL TODO Y LA PARTE

La decantación del sentido de una ley es un proceso siempre abierto. El juez tiene que pasar de un pensamiento histórico que recibe a otro que aspira a que sea cada vez mejor; y en ese trabajo hermenéutico también tiene que moverse con agilidad desde la norma aislada hasta el desarrollo jurídico institucional y hasta los principios que como directrices políticas se plasman en las cartas constitucionales de los países. Algunas concepciones jurídicas van más allá en la consideración de la política jurisdiccional cuando entienden que el derecho internacional también integra ese todo sistemático orientador en la constitución. Este círculo, así descrito es

32 *Ibid.* p. 48 y 49.

33 Heidegger. *Op. cit.* p. 154.

34 Gadamer. *Verdad y método II.* p. 65.

especialmente productivo cuando la tensión se plantea entre la ley y el filósofo del derecho que busca la perfección del concepto jurídico, aun cuando claramente responde también a la decantación de sentido, para una decisión acerca de si un comportamiento concreto es correcto. Siempre en derecho existe un sistema jurídico como un todo orientador de la corrección que indica hacia dónde debe dirigirse una decisión insular. El futuro del derecho puede ser creído como la realización de un plan de salvación y es posible en anhelo de su sentido cabal. Esta idea puede ser entendida circularmente hacia la totalidad del sistema, de un lado, o aun por fuera del sistema hacia conceptos de justicia extralegal desde otras ópticas; desde cualquiera de ellas el círculo hermenéutico de la parte y el todo se constituye como un patrón de racionalidad imprescindible.

Este círculo como lo acota el mismo Robert Alexy hace referencia a una búsqueda de unidad y coherencia. Cuando Alexy presenta el cuarto modelo de interpretación del derecho, el que denomina de la coherencia, dice que esa tarea de la búsqueda de este postulado la logra mediante su teoría de la argumentación sistemática; pero también sugiere que Ronald Dworkin milite en este cuarto modelo, entrando así, al tercero, al del círculo hermenéutico, pero saliendo hasta el de la coherencia.

Tanto el pensamiento de Dworkin como el de Alexy comprenden apenas ahondamientos peculiares que tengan que realizarse en una hermenéutica jurídica por lo que concierne a esta tensión entre la parte y el todo, entre el sistema y la ley. Dworkin concluye sus objeciones acerca de un pretendido escepticismo sobre la interpretación, con expresiones de que puede dar argumentos sobre aquello que hace que una interpretación sea mejor que otra y sobre cuál sea la descripción sobre el derecho, que proporciona la interpretación más satisfactoria. Esa idea se materializa en el capítulo séptimo, que intitula "La integridad en el Derecho" y aduce entonces que "según el derecho como integridad, las propuestas de la ley son verdaderas si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad y debido proceso, que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad".³⁵ Esos principios, son para Dworkin las máximas directrices de un sistema jurídico.

Cuando Alexy plantea un modelo de coherencia, admite que en su punto nuclear, éste corresponda a una idea que ya cumple un papel central en la concepción hermenéutica gadameriana y que es la idea de la unidad sistemática, porque la coherencia es de hecho un elemento esencial de la racionalidad. El modelo de Alexy se presenta como un concepto del derecho integrado por normas, principios y procedimientos.

35 Dworkin. *Op. cit.* p. 164.

Fue en su época Karl Von Savigny, como antes se insinuara, el que presentó un esquema de interpretación sistemática, en su concepción del derecho como un todo orgánico, provisto de una conexión interna que permite su integración analógica desde sus mismas entrañas: los conceptos jurídicos particulares y las reglas de derecho se conectan en una gran unidad, no son islas.

Dworkin y Alexy y en general las teorías argumentativas del derecho simplemente exploran en este círculo gadameriano y ofrecen un procedimiento que no riñe con la concepción hermenéutica, según el cual, la solución de esta tensión entre la parte y el todo, otorga a la decisión del juez una coherencia definitiva. El modelo argumentativo no es cosa diversa de un desarrollo peculiar de este círculo gadameriano. Es apenas una atadura histórica procedimental de la libertad del juez: un vínculo que como procedimiento le obliga a la búsqueda de la coherencia y unidad sistemática del texto que precomprende y aplica; y no puede tener otro significado, porque de lo contrario esas teorías regresarían al punto epistemológico del cual denigran, en un verdadero círculo vicioso, aun cuando llegaran a ese encuentro por los caminos de la retórica.

Este trabajo entiende que en la idea del anticipo de complejidad, como sugestiva de plenitud o cabalidad, la referencia circular de la parte y el todo, tiene que satisfacerse, porque ésta es la sola manera de entender la parte en una unidad perfecta de sentido. El todo es el que suministra la guía, el que orienta la pregunta que le dirige la parte; el que proyecta la respuesta. El todo es también un asunto del prejuicio de la perfección. El intérprete elabora siempre un proyecto: anticipa un sentido del conjunto, dice Gadamer, y ese sentido es precisamente de completud, de completación, de totalidad; y es que la plenitud tiene que precaver los peligros del aislamiento: si la norma se aísla, se extraña de su ambiente que es el sistema jurídico, el anticipo ya no será un verdadero anticipo de complejidad. El sentido real del círculo entre el todo y la parte subyace en cualquier comprensión, pero de un modo muy especial cobra relevancia en la comprensión del derecho que va a ser recreado, interpretado por el juez, en el acontecimiento de la sentencia. Siempre en Gadamer, si es que se comprende aparece la búsqueda de lo que resulta viable como sentido coherente entre la parte y el todo, como adecuación a unos prejuicios fundamentales y subyacentes de plenitud:

la regla hermenéutica de que el todo debe entenderse desde lo individual, y lo individual desde el todo define a su vez ese todo, procede de la retórica antigua y ha pasado del arte de hablar al arte de comprender. En ambos casos nos encontramos con una relación circular. La anticipación del sentido que involucra el todo, se hace comprensión explícita, cuando las partes que se definen desde el todo definen a su vez ese todo. El movimiento de la comprensión

discurre así del todo a la parte y de nuevo al todo. La tarea es ampliar en círculos concéntricos la unidad del sentido comprendido. La confluencia de todos los detalles en el todo es el criterio de la rectitud de la comprensión. La falta de tal confluencia significa el fracaso de la comprensión.³⁶

Este texto gadameriano hierde. Grita. Como si fuera un programa vivo, prescribe al juez una disciplina cognoscitiva, que, indudablemente va a garantizarle corrección en su aplicatio, en su tarea mediadora, en su sentencia. Las teorías de la argumentación jurídica, le van a trazar un procedimiento que le permita superar exitosamente las tensiones que se experimentan en este círculo.

Este último planteamiento conduce ya aunque de manera imperceptible, como acaece siempre en el acontecimiento de la comprensión, al tercero de los círculos hermenéuticos identificado por Alexy como uno de los que mayor utilidad recaba a la tarea del juez. Es que aspirar a establecer una separación conceptual nítida dentro del gran círculo hermenéutico es tarea no solo imposible sino equivocada y ajena al autor mismo. La precomprensión, el anticipo de complejión, la aplicatio, el movimiento histórico efectual de la comprensión desde lo extraño a lo familiar y viceversa, desde lo actual como existenciario a lo histórico en discontinuidades que se salvan y que enriquecen, todo es comprensión, todo es acontecimiento y experiencia transformadora.

EL CÍRCULO HERMENÉUTICO DE LA NORMA Y EL HECHO CONFLICTIVO

El juez juzga. Subsume el hecho conflictivo en la norma jurídica. Aplica la norma jurídica a hechos de la vida. El resultado de su aplicación es la sentencia. La sentencia es ella misma un acontecimiento en la vida del juez y en la vida del derecho. La tarea del juez que juzga es mediar entre la ley y el caso conflictivo. No existen reglas lógicas que auxilien al juez en esa búsqueda del juicio correcto para que logre una fusión de horizonte entre la generalidad y abstracción de la ley y la especialidad, concreción y muy peculiares aristas circunstanciales del caso conflictivo; es entonces, cuando al juez, como al artista, se le exigen sensibilidades parangonables: ambos tiene que entregar la mejor creación. Aquí se comprometen todas las opiniones jurídicas y de bonhomía del juez. Su interpretación creativa que es la sentencia tiene que encontrar los mejores medios para expresar, con la ley en la mano, las grandes ambiciones jurídicas y de justicia, todas esas que la norma en su sistema pudo jamás significar. El juez tiene que ser el mejor de los artistas cuando

36 Alexy, Robert. *El concepto y validez del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa. 1a. edición. 1994. Traducción de Jorge M. Seña.

interpreta una pieza jurídica. Tiene que ser más esclarecedor e impactante que la misma ley, sin traicionarla y comprendiéndola desde su ubicación sistemática. Y se itera: es que los tres círculos no admiten escisión. La acción interpretadora es una y la misma, creando en la aplicatio, pero siempre atada al sentido del texto de la ley en el que tiene que mantenerse en una distancia histórica efectual, es decir, existencial, viviente, no fosilizada y con atisbo al sistema que incorpora principios de justicia, de equidad, de seguridad jurídica y de debido proceso. El juez media el entonces de la ley y el ahora del conflicto, viviendo todos los atisbos situacionales, existenciales, circunstanciales, porque la producción del acontecimiento de la sentencia como aplicatio, como nuevo derecho concreto, tiene que conmover el ahí, para utilizar sentidos de Heidegger. Es la particular tensión entre la situación concreta conflictiva que se ofrece llena de vida, palpitante de pasiones y de anhelos en colisión, como diferencias exigentes, y la generalidad del sentido jurídico. De este modo el anticipo de complejión tiene que ir perfeccionándose progresivamente en la búsqueda de la norma que reciba en su seno todas las aristas singularizantes del caso concreto; que todas sus angulosidades y diferencias encuentren subsumción en el proyecto jurídico como en un marco de posibilidades que el juez logra con ayuda de su precomprensión depurada de los prejuicios negativos, siempre en el movimiento histórico efectual entre lo extraño y lo propio, entre lo general y lo particular, entre lo abstracto y lo concreto como situacional, entre la libertad y la imaginación y el texto o dogma jurídico. Movimiento circular de la comprensión que en la tarea del juez asegura el perfecto equilibrio entre los ideales que significan la seguridad jurídica y la justicia, para el acontecimiento de la sentencia, lograda en un debido proceso, con miras a la consecución de la paz social.

EN CONTRA DE UN MAL ENTENDIDO ESCEPTICISMO HERMENÉUTICO

Presentar, como lo hace Gadamer,³⁷ la filosofía como una teoría de la interpretación radical y el lenguaje como el horizonte de una ontología hermenéutica, le obliga a afirmar que el lenguaje entendido en esencia, es una actividad y por lo mismo en cada instante, transitorio. Asertos como éste y otros similares, reciben explicación satisfactoria, cuando el autor expresa que el lenguaje está siempre abierto a varias posibilidades, que es una experiencia del mundo y que por eso jamás el hombre puede objetivarlo, porque si lo objetivara dejaría de ser experiencia. Es la posibilidad de un comportamiento libre. Mundo, para Gadamer es el universo de la comprensión. Tener mundo es comprender. La idea

37 Gadamer. *Verdad y método* I. p. 24.

gadameriana de "mundo" va íntimamente ligada al concepto de libertad frente al entorno. El lenguaje como experiencia del mundo es un acontecimiento y por eso la percepción tiene que estar abierta a experiencias diferentes. El lenguaje no es una cárcel, no significa encierro sino apertura de horizonte: la multiplicidad de las visiones del mundo no es nada distinto de las visiones en las que se ofrece. La dirección transcurre desde una única y sola verdad al proceso de pluralidad de visiones del mundo, correctas, e incluso conflictivas: no mundos, sino visiones del mundo.

Es indudable que la meta de toda interpretación es buscar que lo interpretado resulte lo mejor, pero la objetividad de la hermenéutica no es una objetividad cerrada, es una objetividad sobre la que siempre se puede seguir hablando, porque el mundo común siempre será percibido de manera diferente. Cada juez entonces hace una interpretación diferente de la ley y de este modo se argumenta, que el derecho como cualquier concepto interpretativo es algo eminentemente subjetivo. Es la crítica que también se formula a la hermenéutica gadameriana cuando se expresa que esta teoría del círculo hermenéutico nada dice sobre los criterios de confirmación o rechazo de la hipótesis de interpretación.³⁸

Es a la postre la consecuencia natural de la peculiaridad metodológica de la filosofía práctica, esa de conducir a una racionalidad práctica. Los conceptos morales se le arrebatan a densas nubes oscuras, como en la metáfora kantiana, donde se compara el lindero de lo que puede conocerse y que corresponde al territorio de una isla, con el océano proceloso que esconde icebergs impenetrables. La comprensión del universo jurídico, se arriesga en esos ámbitos difíciles y densos y es desde ellos, desde donde extrae sus conceptos. El derecho trabaja con probabilidades y esa y no otra, es la índole de las premisas que como ley aplica el juez.

El fenómeno de la comprensión y de la correcta interpretación de lo comprendido pertenece a la experiencia humana del mundo y por consiguiente a ese lindero proceloso de probabilidades. La hermenéutica, también para el derecho, se aleja (no rechaza) de la exigencia de un método. Gadamer expresa que ella no es una mera preceptiva del comprender sino un modo de pensar tal como puede hacerlo el hombre en su finitud. Tanto el juez como el conflicto, como la ley y como la sentencia son acontecimientos históricos. Esa calidad no es condena a un relativismo determinista porque como el mismo Gadamer pregona, aun en las más extremas condiciones de historicidad no puede renunciarse a la búsqueda de la verdad. Historicidad, significa que el juez no puede menos que involucrarse con la ley y también con el caso conflictivo y es de esa precomprensión como aplicativo que surge el acontecimiento de la sentencia.

38 Alexy. *Op. cit.* p. 41.

La verdad del derecho como la del arte no puede ser medida con los medios del método científico. Sobre el particular habla el mismo Gadamer: "en el derecho se experimenta una verdad que no se alcanza por otros caminos y eso es lo que comporta el significado filosófico del derecho justo, que se afirma frente a todo razonamiento, tenemos que ver con verdades que superan esencialmente el ámbito del conocimiento metódico".³⁹ Y explica que "la hermenéutica es un nuevo tipo de filosofía que no se basa en la razón demostrativa, sino en el pensamiento interpretativo, que capta la verdad tal como se presenta en la experiencia, la cual es de por sí abierta e inconclusa." Agrega que

la verdad no se entrega nunca en una formulación única y definitiva sino que se hace siempre en formulaciones determinadas, históricas y personales y que allí es donde juega la interpretación. Pero que además la verdad solo se entrega en el interior de la interpretación individual que se da de ella, por eso la *reflexión* (itálica extratexto) hermenéutica encuentra la verdad con el mismo acto con el cual al interpretarla proporciona una formulación de ella".⁴⁰

Las expresiones de Gadamer son fuertes y agresivas pero auténticas y plenas de convicción: "Ningún marco interpretativo es arbitrario ni menos aun objetivo." No es objetivo como lo pretende el historicismo y la teoría positivista de la ciencia. La interpretación tiene un valor cognoscitivo que no puede prescindir del sujeto cognoscente y es precisamente ese sujeto que conoce el que *reflexiona* (itálica extratexto) sobre la historia actual. No porque no ofrezca la objetividad de la ciencia carece de valor cognoscitivo. Pero si se acentúa la exigencia de las cualidades del sujeto reflexionante, de su rigor en el desempeño de la tarea, para que pueda hacer florecer la verdad. "El ser humano tiene un modo de ser finito e histórico y así son igualmente sus posibilidades de conocimiento".⁴¹ Ni el conocedor ni lo conocido se dan ónticamente sino históricamente. Historia efectual es el acontecer en el cual se unen la comprensión de sí mismo y de lo extraño, o sea de lo que se trata de comprender. Es un inagotable acontecer. El intérprete tiene que poseer cualidades humanas, culturales y de bonhomía, madurez, educación y ejercicio, que le permitan enfrentar cada situación peculiar y avalarla en una interpretación correcta.

La verdad que la hermenéutica proporciona no es una "iluminación" no es "una comunión misteriosa de las almas", es "una participación en el significado común. El objeto de toda comprensión es el acuerdo en la cosa. La hermenéutica tiene siempre la misión de crear un acuerdo que no existía o era incorrecto".⁴²

39 Gadamer. *Verdad y método II.* p. 372.

40 *Ibid.* p. 20.

41 *Ibid.* p. 372.

42 *Ibid.* p. 64.

El debate hermenéutico moderno ha destacado el fenómeno del diálogo la verdad hermenéutica se presenta como una reflexión pública e históricamente fundada. El lenguaje construye y sustenta la orientación común de todos en el mundo, como lenguaje de la polis. La hermenéutica es una teoría de la estructura del entendimiento. En efecto para Gadamer toda la actividad hermenéutica es cognoscitiva. La racionalidad hermenéutica se ofrece como un juicio que en su reflexión tiene en cuenta a los demás. Se argumenta y se compara el propio juicio con otros juicios sobre situaciones ideales. Pero para la hermenéutica la retórica no es mero manejo de la palabra ni búsqueda de la mejor forma lingüística o literaria de la expresión, es la filosofía de una vida humana definida por el habla, casi como en Heidegger, el lenguaje, el diálogo, la conversación, es la casa del ser, pero del ser humano, no es entorno sino mundo, es el juicio que reconoce lo que hay que reconocer y critica lo que hay que criticar. Utilizar nuestra capacidad de juicio es afrontar críticamente todas las convenciones.

La interpretación correcta es pues la meta que defiende la hermenéutica filosófica y esta posición jamás podrá significar escepticismo ni es una postura relativista porque no niega como posibilidad y como ideal heurístico esa interpretación correcta pero precisamente por la índole misma del conocimiento hermenéutico y de su objeto implica una actitud que jamás podrá escoger entre las interpretaciones producidas, una, como mejor que otra. Esto es apenas una consecuencia de la racionalidad práctica que huye de la cárcel de la objetividad científica y que es abiertamente contraria a la idea gadameriana de la estructura especulativa del lenguaje, que apunta siempre más allá de sí misma y de lo que explicita, porque en el lenguaje no está simplemente reflejado el ser como si estuviera ya dado, porque el ser solamente es en el lenguaje: ser, lo que puede ser comprendido es lenguaje".⁴³ Una palabra engendra la otra, suscita la otra, apunta siempre al espacio abierto de su prolongación. Se lee en Gadamer:

Que la respuesta dada sea razonable es el único resultado del examen que cabe evaluar. Una respuesta "correcta" pueden encontrarla los ordenadores y por pagayos con mucha mayor celeridad... En el habla ocurre que una palabra trae otra y así se extiende nuestro pensamiento... El lenguaje es en realidad la única palabra cuya virtualidad nos abre la posibilidad incesante de seguir hablando y conversando y la libertad de decirse y dejarse decir... El lenguaje es la fuerza generativa y creadora capaz de fluidificar una y otra vez ese material.⁴⁴

La hermenéutica no renuncia al ethos de la objetividad porque en realidad se exige a toda interpretación la búsqueda de la corrección, pero la "única interpre-

43 Alexy. *Op. cit.* p. 42, 44.

44 Gadamer. *Op. cit.* p. 201.

tación correcta" es para ella un sin sentido y no puede ser de otro modo porque a la hermenéutica no le interesa suministrar procedimientos como criterios pre-trazados de antemano, lo que le importa es abrir oportunidades de experiencia. En su concepción histórica y como movimiento constante, los criterios llegan tarde al conocimiento de la verdad. Comprometerse con criterios es cortarse a las interpretativas, es privarse de oportunidades de experimentar la verdad. La hermenéutica tiene confianza en el juicio, en la experiencia y en la competencia del intérprete.

CONCLUSIÓN

El derecho no se demuestra. Pero en la jurisdicción sí es predominante el elemento intelectual; cuando el juez profiere la sentencia se dirige al entendimiento humano tratando de convencer. No se trata de demostrar como en las matemáticas sino de convencer con argumentos. El juez tiene el deber de juzgar y debe hacerlo respetando las normas vigentes. Debe juzgar con la ley. El juicio nunca puede ser expresión de capricho o arbitrariedad. Sea cual sea la racionalidad que dirija el conocimiento del juez en su búsqueda la sentencia se presenta como la formulación de un silogismo en el cual la premisa mayor es la ley, norma universal, general, abstracta, norma puesta en el sistema y cuyo supuesto corresponde en abstracto a la totalidad de las aristas singularizantes de la hipótesis conflictiva concreta alegada y probada en el proceso. El juez juzga respetando la constitución y aplicando la ley vigente. La sentencia es el acontecimiento jurisdiccional que entrega como nuevo derecho la consecuencia jurídica de la norma aplicada. Pero es en la búsqueda de esa premisa mayor, en su interpretación como tensión entre la comprensión del juez y el texto legal, y entre la ley insular y el sistema total, y entre la singularidad del caso conflictivo y la generalidad normativa, en donde la hermenéutica le representa guía indispensable, como manera de conocer la verdad del derecho justo.

El matemático no decide, llega a la solución de un problema por una construcción eminentemente lógica deductiva. El juez decide constantemente y su primera decisión es la escogencia de la ley que tiene que aplicar porque el derecho no está dado aun cuando se halle en los códigos, esos fósiles no son el derecho. El juez tiene razones para elegir una norma entre la totalidad de las que componen el sistema jurídico del país y esas razones deben ser expuestas en los considerandos de su fallo. Lo que acontece es que por tratarse de un campo adscrito al obrar humano, el juicio que lo califique, al lado de razones lógicas ha de contener elementos de apreciación, de evaluación, en los cuales se compromete realmente el prejuicio, la precomprensión del juez. La lógica del juicio es peculiar, es la lógica dialéctica o deliberativa que sin duda es imprecisa, flexible,

que no comporta certeza objetiva y que carece de rigor y exactitud científicas. Pero a tal elasticidad o volubilidad propia del ser humano, que se constituye en argumento crítico, se puede responder con Aristóteles que es propio del hombre sensato e instruido buscar la exactitud de cada género de conocimiento en la medida en que lo admita la naturaleza del asunto; evidentemente tan absurdo sería aprobar a un matemático que empleara razones probables como exigir demostraciones exactas a un retórico.⁴⁵

Las cosas son así además porque la naturaleza del objeto de conocimiento determina el método apropiado para comprenderlo. La comprensión del obrar humano exige un modo o método que sea según lo asegura Recasens Siches, logos de lo humano, logos de lo razonable, de lo prudente, de lo justo, cuya aplicación en los asuntos controvertidos es la razón de ser de la magistratura.

Se acepta pues hoy pacíficamente que el derecho es un pensamiento problemático, aporético, "cetético", en términos de Viehweg, "interpretativo" en los de Dworkin, retórico. Pero no es como lo dice el realismo jurídico, lo que los jueces dicen y luego justifican. No. El derecho que los jueces aplican es el que se contiene en la constitución y las leyes de cada país. Ronald Dworkin cierra su obra *El imperio de la justicia* con esta expresión

Las cortes (los tribunales) son capitales del imperio de la justicia y los jueces son sus príncipes, pero no sus adivinos y profetas. Les corresponde a los filósofos si lo desean, resolver las ambiciones del derecho, la forma más pura del derecho, dentro y más allá del derecho que tenemos.⁴⁶

Muy similares son las palabras de Gadamer cuando hace referencia a la aplicación de la ley a un caso particular y puntualiza que se aplican las disposiciones legales y que "sólo los profetas han adoptado una actitud creativa, esto es, generadora de un nuevo derecho frente al derecho vigente."⁴⁷ Es la tensión que tiene que relajar el círculo hermenéutico, entre la precomprensión y el texto:

La primera de todas las condiciones pues es la comprensión real de habérselas con la cosa misma... el que intente comprender está ligado a la cosa transmitida y mantiene o adquiere un nexo con la tradición desde la cual habla el texto transmitido. La conciencia hermenéutica sabe que no puede estar ligada a esa cosa al modo de una coincidencia obvia como ocurre con la supervivencia ininterrumpida de una tradición; se da una polaridad entre familiaridad y extrañe-

45 Aristóteles. *Ética Nicomaquea*. Ediciones Universales Bogotá. 1987.

46 Dworkin, Ronald. *El imperio de la justicia*. p. 286.

47 Gadamer. *Op. cit.* 302.

za en la que se basa la tarea de la hermenéutica, pero ésta debe entenderse en dirección a algo dicho: el lenguaje con el que nos interpela la tradición. La leyenda que ella nos dice.⁴⁸

La corrección del concepto y la exigencia de la objetividad se aglutinan en la idea hermenéutica de la pertenencia, de la participación. El juez interpreta algo que ya es. Lo mismo que cualquiera de las artes reproductivas. Pertenencia o participación garantizan la objetividad de la interpretación, madurándola con el temple del pathos de la racionalidad moderna. Siempre cuando el juez se enfrenta a la ley y produce la sentencia sucede algo, acontece algo, porque el juez no inventa, tiene que dejarse alcanzar, sentirse interpelado, por el texto de la ley, no domina el texto, lo respeta, es tocado por él, y en el acontecimiento de la sentencia se renuevan tanto la ley como el juez; el juez investiga sí pero oyendo: es interpelado por la ley y tiene que oírla quiera o no; en la sentencia el juez da la palabra a la ley pero se la apropia y la interpreta: hay objetividad pero también creatividad: el lenguaje no se repite sin que ocurra algo, con el lenguaje se produce siempre ser.⁴⁹

Ese equilibrio que tiene que lograr el juez en su tarea interpretativa de la ley y del caso conflictivo, para el proferimiento de la sentencia, lo pone de manifiesto otro filósofo del derecho de no menor importancia y trascendencia, Theodor Viehweg. Véanse sus expresiones: "todo el campo del racionamiento jurídico puede ser dividido en dogmática del derecho y cetética del derecho".

El objetivo del pensamiento dogmático es la seguridad jurídica y es un pensamiento operativo porque busca la paz social. Esa función exige la estabilización de un cuerpo central de leyes y principios que tienen que conservarse como un dogma básico fundamentalmente inmodificable; pero que a la vez posee cierta flexibilidad: el cuerpo central de principios tiene que ser susceptible de interpretación y tiene que ser lingüísticamente lo suficientemente elástico como para ser preservado a pesar de que adopte diversas formas en la respuesta a situaciones diferentes. Frente al pensamiento jurídico dogmático, la prudentia iuris en tanto tal, se convierte el objeto del razonamiento jurídico cetético. A pesar de que la cetética y la dogmática se contraponen son recíprocamente complementarias. En el derecho ciertas dogmatizaciones son indispensables.⁵⁰

Si se vuelve la mirada de nuevo a Ronald Dworkin se encuentran expresiones tuyas que no pueden omitirse en esta presentación:

48 *Ibíd.* p. 68.

49 Gadamer. *Verdad y método I*. p. 561.

50 Viehweg. *Op. cit.* p. 121.

El desarrollo de la actividad interpretativa es una actitud que posee dos componentes: el primero es la suposición de que la ley no sólo existe sino que también tiene un valor, que sirve a algún propósito o interés o hace cumplir algún principio (es decir que tiene un sentido) que puede ser formulado independientemente del solo hecho de escribir las leyes del sistema jurídico positivo. Y el segundo es la suposición de que los requisitos de esa ley son sensibles a su sentido, de modo que las leyes deben ser aplicadas según dicho sentido.⁵¹

EXORDIO

El juez indudablemente necesita alas, como la paloma de Kant, como Platón, para aventurarse con fantasía allende los linderos asfixiantes de la exégesis, con audacia, por encima de mares procelosos, en cielos brumosos, descubriendo, imaginando, aventurándose, pero sintiendo siempre con conciencia jurídica plena, que no puede abandonar el aire que es la ley que tiene que aplicar, porque si vuela por fuera de ella, deja de ser juez, y se precipita en un espacio vacío en donde su vuelo ya no es tal sino una caída vertiginosa en el abismo de lo no jurídico. Dworkin expresa: "sólo la historia puede enseñarnos cuánta diferencia es demasiado. El intérprete tiene que distinguir la interpretación de la invención."⁵²

51 *Ibid.*

52 Dworkin. *Op. cit.* p. 45.