
WINFRIED HASSEMER
(Universidad de Frankfurt)

Hermenéutica y Derecho

I. LA UNIVERSALIDAD DE LA HERMENEUTICA

La historia precedente de la relación entre el derecho y la hermenéutica es la historia de una enseñanza, fecundación y enriquecimiento mutuos. Esta relación existe entre la hermenéutica filosófica y la jurídica, pero también entre la teoría hermenéutica del derecho y la dogmática jurídica. El pensamiento hermenéutico es como un lazo que puede unir entre sí a los casi siempre divergentes ámbitos científicos, así como formar una unidad entre la ciencia y la praxis.

Esto no es casual. La hermenéutica no es un «campo» de ocupación científica, ni un ámbito de objetivos, ni una disciplina; es más bien un método de acercamiento científico a objetos, de formación de teorías y sistemas científicos; es un fenómeno estructural, que exige atención para cualquier actividad científica, que precede y forma la base de las ciencias particulares. De ello se deduce fácilmente que las dimensiones de la hermenéutica no tienen nada que ver con los límites de las ciencias (1), que la hermenéutica —desde hace ya mucho tiempo, aunque de forma cambiante— influye sobre las ciencias particulares y colabora a su fundamentación desde el punto de vista de la teoría del conocimiento: desde la his-

(1) Es evidente por ejemplo en el vol. col., editado por mí, *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, 1984, que presenta aportaciones a la Filosofía, Antropología, Filosofía del derecho, Teoría del derecho, Metodología jurídica, Retórica didáctica y Literatura.

toria (2) pasando por la teología (3) y la literatura (4), hasta el «giro postempírico» en la teoría de la ciencia de las modernas ciencias naturales (5) que constata que no existen «datos» independientes de teorías y paradigmas que estén «puramente» a disposición de la observación empírica.

Todo ello está situado más allá del horizonte de investigación definido por el tema «hermenéutica y derecho». Sin embargo, es digno de consideración, ya que la universalidad teórico-científica de la hermenéutica es importante también, naturalmente, para la recepción hermenéutica en el ámbito de la ciencia y de la práctica jurídicas. Esta universalidad no es sólo condición previa para que la hermenéutica tenga respuestas a cuestiones científico-jurídicas; es además capaz de mediar teórico-científicamente entre el ámbito jurídico y otras materias, abrir de nuevo la discusión sobre el carácter científico de la ciencia jurídica y fundamentarla de forma exigente (6).

Esta universalidad de la hermenéutica ha sido precisamente reelaborada de forma fecunda por trabajos hechos en el ámbito de la Cátedra Francisco Suárez. A estos trabajos agradecemos, bajo el punto de vista de la hermenéutica jurídica, sobre todo una profunda comprensión crítica de la teoría de la norma (7), la mediación del pensamiento filosófico científico-jurídico y científico-social (8) o la confrontación entre la formación de la teoría de la ciencia jurídica y una perspectiva materialista (9).

(2) Obra básica Droysen, *Historik*, 1937.

(3) Ver por ejemplo Simons/Hecker, *Theologisches Verteben. Philosophische Prolegomena zu einer theologischen Hermeneutik*, 1969.

(4) Ver por ejemplo Nassen (ed.), *Texthermeneutik. Aktualität, Geschichte, Kritik*, 1979.

(5) Así —con documentación— Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Tomo 1: Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung*, 1981, pp. 161 y ss. Aquí se registra con razón (p. 163), que esto no es ningún descubrimiento nuevo para una teoría de las ciencias naturales no analítica.

(6) Ver por ejemplo: Arthur Kaufmann, «Einige Bemerkungen zur Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft», en: *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 67 y ss., también en Kaufmann, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, 1984, pp. 119 y ss.

(7) Por ejemplo López Calera, *La estructura lógico-real de la norma jurídica*, 1969, especialmente pp. 129 y ss.

(8) Sobre todo en los trabajos de Ollero, *Derecho y Sociedad. Dos reflexiones en torno a la filosofía alemana actual*, 1973, especialmente pp. 44 y ss.; *Rechtswissenschaft und Philosophie. Grundlegendiskussion in Deutschland*, 1978, especialmente pp. 29 y ss.; *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, 1982, passim, especialmente pp. 100 ss., 170 ss., 246 ss.

(9) Por ejemplo Saavedra, *Interpretación del derecho e ideología. Elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*, 1978, passim.

Estas cuestiones se plantean a un alto nivel de abstracción, como frutos que son de una larga y moderna dedicación a problemas de fundamentos teórico-científicos y jurídicos. El desarrollo de la hermenéutica jurídica comenzó con planteamientos más sencillos y concretos, en todo caso dentro de la ciencia y de la práctica jurídicas, encontrando estímulos y respuestas en la hermenéutica general. Las respuestas estaban preparadas; la hermenéutica general se interesó en el siglo XX —aparte de por problemas teológicos, literarios e históricos— también por problemas de fundamentos científico-jurídicos (10).

II. COMIENZOS

El interés de la teoría hermenéutica por el derecho fue tardío en comparación con otras disciplinas. En efecto, una obra *standard* sobre la hermenéutica general en el siglo XIX, se refería a una hermenéutica teológica e histórica, pero no a una hermenéutica jurídica (11). Por otro lado, las metodologías jurídicas conocían el concepto de «hermenéutica iuris»; sin embargo, lo aplicaban, desde el punto de vista de la hermenéutica jurídica actual, en un sentido específico (12), comprendiendo en él no mucho más que las doctrinas de la interpretación, que ya Savigny, en su *Methodenvorlesung* de 1802/03, había presentado sistemáticamente (13) y que —con denominaciones cambiantes— dominaron la metodología del siglo pasado (14). La hermenéutica jurídica es, comparativamente, un hijo tardío de la teoría hermenéutica general.

Una teoría jurídica o metodología que vincula la aplicación de las normas legales a reglas de interpretación, es, en todo caso, precursora de la hermenéutica jurídica, aunque todavía no se pueda considerar como base de la última: quien sostenga que el trabajo con la ley debería obsevar la letra, el contexto sistemático, la voluntad del legislador, el sentido objetivo de la ley (15); quien vincule la interpretación de la ley a los puntos de

(10) Ver por ejemplo las concepciones acerca del papel de la comprensión en el derecho en Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 4.ª edición (1975), pp. 307 ss., el estudio más amplio sobre la hermenéutica general.

(11) J. Wach, *Das Verstehen. Grundzüge einer Geschichte der hermeneutischen Theorien im 19. Jahrhundert*, 3 partes, 1926, 1929, 1933.

(12) Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981, pp. 22 ss.

(13) F.C. v. Savigny, *Juristische Methodenlehre* (ed. Wesenberg), 1951.

(14) Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4.ª edic. (1978), I, Capítulos 1-3.

(15) Así la división «clásica» de las doctrinas de la interpretación; ver Larenz, *Methodenlehre* (nota 14), pp. 307 ss.

vista de la autonomía (objetividad) y la unidad de la ley; quien dé importancia al origen, al significado real del texto y a la comparación (16), se basa siempre en el hecho de que la ley puede y necesita ser interpretada, y que diferentes métodos de interpretación pueden conducir a resultados distintos. Una metodología basada en doctrinas sobre la interpretación confirma por tanto siempre la textura abierta de las leyes y niega con ello los dos supuestos fundamentales de la estricta jurisprudencia de conceptos, según la cual la ley es unívoca y completa (17).

Fue sobre todo Coing (16) quien, siguiendo por ejemplo a Betti (18), Bollnow (19), Gény (20) y también a Gadamer (10), convirtió en el eje de su doctrina de la interpretación la fragmentariedad e imperfección de las leyes, poniendo de manifiesto la tensión entre la vinculación del juez a la ley y su función creadora de derecho (21). Con ello se formuló el problema que ocupa hasta hoy a la hermenéutica jurídica, y que fue resuelto por la doctrina del derecho libre de forma precipitada, radical y exagerada (22): el problema de un tratamiento «correcto» «*richtig*» de la ley, de su aplicación «correcta» al caso. Este problema sólo se manifiesta si no se le confía a la ley una prolongación meramente deductiva hacia la decisión del caso, si no se acepta la ley como base de conclusiones (tauto) lógicas: si se comprende como decisión no unívoca, incompleta y abierta con respecto al futuro. Sólo en este caso hay motivo para reflexionar sobre el papel productivo de aquel que «interpreta» o «aplica» la ley y para investigar acerca de los criterios de una interpretación o aplicación correctas.

(16) Como por ejemplo la clasificación de Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 3.ª edic. (1976), pp. 309 ss.; ver también del mismo autor, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, 1959.

(17) Quedando en tela de juicio, en este punto, si alguna vez se ha formulado y sostenido una jurisprudencia de conceptos tan rigurosa y hermética; se recomienda la lectura de Ogorek, «De l'esprit des légendes», en *Rechtshistorisches Journal*, 2 (1983), pp. 277 ss., acerca de la recepción de Montesquieu. La Jurisprudencia de conceptos sirve a la metodología actual, inclusive a la hermenéutica jurídica, más bien como fantasma horripilante que como objeto de investigación.

(18) Betti, *Teoria generale della interpretazione*, 1955; *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften* 1962.

(19) Bollnow, *Das Verstehen. Drei Aufsätze zur Theorie der Geisteswissenschaften*, 1949.

(20) Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2.ª edic. (reimpresión 1954).

(21) Coing, especialmente *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (nota 16), pp. 329 ss., 334 ss.

(22) Cfr. sobre todo H. Kantorowicz (pseudónimo Gnaeus Flavius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906; referente a esto Coing, *Grundzüge* (nota 16), p. 334 s.; Arthur Kaufmann, «Freirechtsbewegung lebendig oder tot? Ein Beitrag zur Rechtstheorie und Methodenlehre», en: *Juristische Schulung*, 1965, pp. 1 ss., también en: *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, 2.ª edic. (1984), pp. 231 ss., del mismo autor.

III. ASPECTOS ESENCIALES

La hermenéutica jurídica se acerca al problema del tratamiento correcto de la ley de forma específica (y ya en este punto se diferencia de otras teorías jurídicas). Su enfoque es más amplio que el de las teorías analíticas (23) y diferente al de una teoría del derecho teórico-sistema (24):

1. Frente a la teoría jurídica analítica.

El interés analíticamente fundamentado por la precisión del lenguaje jurídico —desde las leyes, pasando por las teorías científico-jurídicas, hasta el trabajo con el caso real— y por la transparencia y consistencia de los sistemas jurídicos, no es rechazado por parte de la hermenéutica jurídica, pero sí relativizado en su significado.

Para la hermenéutica jurídica, las condiciones de un tratamiento correcto de textos normativos se encuentran a un nivel más básico que el semántico. Exactitud, precisión y consistencia como tales no significan aún ninguna garantía de corrección, sino que son condiciones previas, ante todo, para la transparencia y control del procedimiento judicial. Aunque la transparencia y el control son objetivos centrales e irrenunciables de la teoría del derecho, de la ciencia jurídica y de la práctica jurídica actuales, una teoría suficiente de la aplicación correcta de la ley o de la obtención del derecho tiene que prever además que también una injusticia flagrante puede presentarse en una envoltura analíticamente impecable (25) y que las características de la forma correcta de hablar, privilegiadas por las teorías jurídicas analíticas, son criterios históricamente variables, vinculados a nuestra concepción del mun-

(23) Paradigmático se puede considerar el vol. col. (ed. por H.J. Koch) *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, 1976.

(24) Paradigmático se puede considerar Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 2.ª edic. (1975); desde un punto de vista hermenéutico, y con una actitud crítica al respecto, Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 2.ª edic., (1972), Cap. IX («Systemtheorie und Konsensproblematik»), pp. 205 ss.

(25) Un montón de ejemplos al respecto los tenemos en Rùthers, «Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus», 2.ª edic. (1973).

do y de la ciencia, orientada empíricamente (26), y ajenos a otras culturas jurídicas (27).

2. Frente a la teoría del derecho teórico-sistémica.

El interés, fundado en la teoría de los sistemas, por la producción de consecuencias en el sistema jurídico que sean favorables al sistema general (absorción de conflictos, adaptación de los implicados a un aprendizaje cognoscitivo, aumento de la complejidad elaborable, etc.), no está fuera del horizonte de las cuestiones hermenéuticas, pero la hermenéutica jurídica lo formula y localiza de manera diferente (modificándolo notablemente).

La hermenéutica jurídica comparte con la teoría del derecho teórico-sistémica el interés científico por contextos situados más allá del sistema jurídico; especialmente, los proyectos hermenéuticos que se basan en la ontología y la teoría del concimiento (28), permiten ver claramente que esta doctrina no está limitada a la relación entre ley y sentencia, sino que considera el sistema jurídico como una parte del mundo y de la ciencia. Aparte de ello, al menos en mi opinión, la orientación *output* del sistema jurídico —evidente la teoría de los sistemas— (29), en torno a la

(23) Paradigmático se puede considerar el vol. col. (ed. por H.J. Koch) *Juristische methodenlehre und analytische Philosophie*, 1976.

(24) Paradigmático se puede considerar Lühmann, *Legitimation durch Verfahren*, 2.ª edic. (1975); desde un punto de vista hermenéutico, y con una actitud crítica al respecto, Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 2.ª edic., (1972), Cap. IX («Systemtheorie und Konsensproblematik»), pp. 205 ss.

(25) Un montón de ejemplos al respecto los tenemos en Rüthers, «Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus», 2.ª edic. (1973).

(26) Más acerca de este contexto en mi obra sobre los fines de la pena en el derecho penal orientado sociocientíficamente, en: W. Hassemer/Lüderssen/Nauke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, 1983, pp. 39 ss., 47 ss.

(27) Ejemplos instructivos al respecto en D. Simon, *Rechtsfindung am byzantinischen Reichsgericht*, 1973, pp. 13 ss., 22 s.

(28) Especialmente los trabajos de Arthur Kaufmann, recopilados en su vol. col. *Rechtsphilosophie im Wandel* (nota 22), pueden considerarse como una base de ese tipo para la hermenéutica jurídica; cfr. asimismo *Naturrecht und Geschichtlichkeit* (1957), pp. 1 ss., 17 ss.; *Gedanken zur Überwindung des rechtsphilosophischen Relativismus* (1960), pp. 51 ss., 57 ss.; *Rechtspositivismus und Naturrecht in erkenntnistheoretischer Sicht* (1961), pp. 69 ss., 93 ss.; *Die ontologische Struktur des Rechts* (1962), pp. 101 ss., 117 ss.; *Gesetz und Recht* (1962), pp. 131 ss., 152 ss.

(29) Aún cuando Luhmann (en: *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, pp. 31 ss.) —de manera poco diferenciada en relación con los distintos ámbitos del derecho, según creo— no

cual se centran actualmente las disputas teórico-jurídicas y científico-jurídicas (30), es una idea arraigada en la tradición de la hermenéutica jurídica; la consideración de las consecuencias de la actuación jurídica pertenece a las expectativas de justicia y condiciones de consenso como presupuestos del control de corrección hermenéutico (31).

A pesar de estos rasgos comunes de la teoría jurídica teórico-sistémica y hermenéutica no se puede pasar por alto la diferencia fundamental, debida al origen científico del que ambas teorías han surgido y al que cada una de ellas está sujeta.

La teoría funcionalista de sistemas sólo puede percibir valores jurídicos como los principios de igualdad, justicia o autonomía en cuanto funciones del sistema; para una teoría hermenéutica, sin embargo, estos son presupuestos constituyentes y directivos para una obtención correcta del derecho. Aun cuando la filosofía social y la teoría social descriptiva tienen múltiples y hoy cada vez más destacados rasgos comunes, precisamente en la relación entre la teoría jurídica teórico-sistémica y la hermenéutica se muestran las diferencias subsistentes. La funcionalización teórico-sistémica de valores jurídicos (32) es inaceptable para una teoría del derecho hermenéutica, puesto que no puede reformular esta funcionalización en el interior de sus propios conceptos valorativos, porque forma parte de su tradición, por ejemplo, la diferenciación fundamental entre la esencia y la existencia del derecho, entre juridicidad natural y positividad, entre justicia y seguridad jurídica (33), y porque, consecuentemente, en las categorías de esencia, juridicidad natural y justicia delimita un campo que precisamente no puede ser adecuadamente entendido con descripciones funcionalizadoras.

concede al sistema jurídico una orientación eficaz con respecto a las consecuencias, su recomendación de formar «conceptos jurídicos socialmente adecuados» (loc. cit. pp. 49 ss.), conduce a una orientación *output*, tanto para la construcción de sistemas como para la práctica jurídica; dicha orientación *output* está contenida en la «adecuación social» de los conceptos jurídicos.

(30) Cfr. —con sus correspondientes y amplias referencias— Lübke Wolff, *Rechtsfolgen und Realfolgen. Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?*, 1981; W. Hassemer, «Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze», en: *Festschrift für Coing*, Tomo I, 1982, pp. 493 ss.

(31) Al respecto especialmente Esser, *Vorverständnis* (nota 24), pp. 142 ss.

(32) Cfr. paradigmáticamente respecto a la justicia, por ejemplo, como «complejidad adecuada del sistema jurídico» Luhmann, «Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft», en: *Rechtstheorie* 4 (1973), 131 ss. especialmente capítulo V ss.

(33) Especialmente patente: Arthur Kaufmann, *Die ontologische Struktur des Rechts* (nota 28), *passim*.

IV. FUENTES

En la R.F.A. la hermenéutica jurídica (34) se alimentaba originariamente de dos fuentes, que confluyen de nuevo en algunos proyectos, especialmente en los recientes; por una parte, la metodología jurídica, y por otra, la filosofía del derecho. Se comprende que esta diferenciación es típico-ideal, puesto que ya es problemática la distinción entre filosofía del derecho, teoría del derecho y metodología (35). Precisamente, el desarrollo de la hermenéutica jurídica muestra que los puntos clave de la investigación filosófico-jurídica y de la orientación metodológica no sólo se diferencia claramente, sino que sus rasgos comunes muestran también la coherencia y riqueza de las cuestiones científico-jurídicas fundamentales. La hermenéutica jurídica saca provecho de ello.

1. Metodología (caso real y norma)

El punto de partida de la hermenéutica jurídica metodológicamente orientada, representada sobre todo por los nombres de Esser (36) y Lorenz (37), pero también de Kriele (38) y Friedrich Müller (39), es la relación entre norma (40) y caso vital. La hermenéutica comparte, cierta-

(34) Una visión general también en Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung. III: Mitteleuropäischer Rechtskreis*, 1976, pp. 429 ss.

(35) Respecto a la distinción entre filosofía del derecho y teoría del derecho, Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, en Kaufmann/Hassemer (ed.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 4.ª edic. (1985), p. 1 ss., 9 ss.; sobre la distinción entre teoría del derecho y metodología, W. Hassemer, *Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform*, en Arthur Kaufmann (ed.), *Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis*, 1971, p. 27 ss.

(36) Especialmente: *Vorverständnis und Methodenwahl* (nota 24); «Dogmatik zwischen Theorie und Praxis», en *Festschrift für L. Raiser*, 1974, pp. 517 ss.; *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts. Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften*, Grupo hist. fil., 1979.

(37) Especialmente: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (nota 14), II. Parte sistemática; *Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung*, 1965; «Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem», en: *Festschrift für E.R. Huber*, 1973, p. 291 ss.

(38) Especialmente: *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 2.ª edic. (1976).

(39) Especialmente: *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der Juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, 1966; *Juristische Methodik*, 2.ª edic. (1976); *Strukturierende Rechtslehre*, 1984.

(40) No se trata, pues, sólo de normas legales, de derecho codificado. Los precedentes de una *case law* son para la teoría hermenéutica un equivalente funcional del derecho legal; cfr. sobre este contexto mi obra «Rechtssystem und Kodifikation. Die Bindung des Richters

mente, este punto de partida con todas las teorías de la obtención del derecho; que el caso real «encuadre» en la norma jurídica decisiva, que la norma sea la «adecuada» para la decisión del caso, que se trate por consiguiente, como se dice, de la «subsunción» del caso real bajo la norma, todo ello es bien común de toda concepción acerca de la aplicación jurídica de normas.

El paso que va más allá de esta evidencia y que convierte la teoría en una teoría «hermenéutica», apunta a una relación específica entre norma y caso real. Esta relación se puede parafrasear como «religación», como «correspondencia», como adecuación. Su concepción científica ha sido preparada en la metodología jurídica reciente, especialmente por los trabajos de Engisch (41), cuya imagen, muchas veces citada, del «ir y venir de la mirada entre la premisa mayor (es decir norma legal, W. H.) y caso vital» (42) muestra claramente de qué se trata: norma y caso (que según la metodología tradicional sólo se unirían tras la subsunción deductiva de la norma en el caso) tienen que relacionarse paulatinamente en el acto de la obtención del derecho, deben desarrollarse y concretarse mutuamente y, por tanto, se presuponen. Con ello se dinamiza la relación entre norma y caso real. La aplicación de la norma se convierte en concreción de la norma (en presencia del caso real); la decisión del caso llega a ser constitución del mismo (con ayuda de la norma). Norma y caso real se producen mutuamente en el proceso de la aplicación de la norma o de decisión del caso real.

Antes de que la hermenéutica jurídica estuviese en condiciones de concebir y formular esta relación entre norma y caso real, tuvo que destruir la «ideología de la subsunción» tradicional. Basándose en la tesis de la subsunción, no era posible poner en movimiento la norma y el caso, ya que según ella la decisión del caso (aunque desconocida) ya estaba implicada en la norma y porque la aplicación de la norma, por consiguiente, sólo podía concebirse como despliegue de un potencial normativo ya existente; para ello no se tenía que cambiar nada, sólo concretar, actuali-

an das Gesetz», en: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie* (nota 35), pp. 193 ss., 205 s.; también Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*. Tomo IV: parte dogmática, 1977, pp. 202 ss. (sobre la «norma del caso»); Schroth, «Philosophische und juristische Hermeneutik» en: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie* (nota 35), pp. 276 ss., 285 s.

(41) Especialmente: *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3.ª edic. (1963); *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2.ª edic. (1968), *Einführung in das juristische Denken*, 7.ª edic. (1977).

(42) *Logische Studien* (nota 41), p. 15.

zar y concluir. En la destrucción de la tesis de la subsunción, la hermenéutica jurídica trabajó mano a mano con parte de la teoría jurídica analítica (43) y se dejó asesorar por los estudios lingüísticos sobre la dependencia contextual del lenguaje (44).

La lucha de la hermenéutica jurídica contra la opinión de que la aplicación de la ley era simplemente una subsunción del caso real bajo la norma con ayuda de la conclusión deductiva, se llevó en los dos niveles en que la tesis de la subsunción creía haber encontrado la seguridad de sus conceptos jurídicos: en el nivel de la literalidad de la ley y en el de las doctrinas sobre la interpretación y argumentación. Esta tesis sólo podía derrumbarse, si se lograba demostrar que ni el lenguaje de la ley determinaba (por completo) su aplicación al caso ni que las metodologías de la interpretación y argumentación fijaban de forma unívoca cómo tenía que proceder el juez en la interpretación correspondiente.

a) *Literalidad de la ley*

Ya la jurisprudencia de intereses había eliminado la idea de que una ley pueda ser unívoca y completa (45) —estas dos cualidades serían presupuestos necesarios de la conclusión subsuntiva a partir de la ley—. La hermenéutica jurídica, apoyada por los conocimientos de la lingüística reciente, ha seguido este camino y ha demostrado (46) que el lenguaje de la ley comparte la ambigüedad del lenguaje corriente: la dependencia del significado respecto a la situación coloquial, la sintaxis y los campos semánticos, y la posibilidad de diferenciar los conceptos ambiguos del lenguaje jurídico según la vaguedad, porosidad, necesidad de integración valorativa y vinculación a una disposición (47).

(43) Cfr. en esa línea, el expresivo compendio de tipos de campos semánticos en H.J. Koch, «Einleitung: Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht», en Koch (ed.), *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht. Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindung*, Frankfurt am Main, 1977, pp. 13 ss., 29 ss., 41 ss.; también, por ejemplo, Priester, «Zum Analogieverbot im Strafrecht», en Koch (ed.), *Juristische Methodenlehre* (nota 23), pp. 155 ss.

(44) Acerca de esto véase, por ejemplo, mi trabajo *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, 1968, pp. 66 ss.

(45) Especialmente claro al respecto Heck, «Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz», anexo a: Heck, *Grundriß des Schuldrechts*, 1929 (reimpresión 1958), pp. 471 ss.

(46) Al respecto *Tatbestand und Typus* (nota 44), pp. 67 ss.; Arthur Kaufmann, *Recht und Sprache*, 1983; también del mismo, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik* (nota 6), pp. 101 ss.

(47) Una representación sumaria en mi trabajo *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981; *Fundamentos del derecho penal*, 1984. (trad. Muñoz Conde y Arroyo Zapatero), §18 sobre el lenguaje ordinario y §19 sobre el lenguaje legal.

La quintaesencia de estos estudios es el reconocimiento de que la ley no puede asegurar estrictamente su aplicación al caso real, sino en el mejor de los casos servir de guía. Para cada decisión del caso real bajo la ley, la persona que ha de tomar la decisión necesita informaciones, que no se desprenden de la ley misma y que, sin embargo, conducen a la decisión. Incluso la introducción de leyes complementarias para restringir una interpretación jurisprudencial de la ley, contraria a la voluntad del legislador, se encuentra a su vez bajo el dominio interpretativo de la jurisprudencia, puesto que necesariamente le abre espacios de interpretación (48). Por tanto, la ley nunca puede «incluir» su interpretación; el intérprete encuentra en la ley sólo una información incompleta para la decisión, lo que le permite cierta libertad a la hora de decidir (49).

b) *Teorías de la interpretación.*

El segundo instrumento para garantizar un tratamiento técnico de la ley es la metodología, que formula en las reglas de la interpretación y de la argumentación las directrices para la decisión, conclusión y fundamentación correctas. Analogía y *argumentum e contrario*, las conclusiones *a fortiori*, *a minore ad maius* o viceversa; observar los mandatos, el tenor literal de la ley, el contexto sistemático de las normas, la voluntad del legislador o el sentido objetivo de la ley sin infringir además los límites de la Constitución, todo ello no se comprende sólo como reglas lingüísticas, sino también como reglas de decisión que pretenden establecer y garantizar la unión entre norma y decisión del caso. La hermenéutica jurídica de orientación metodológica ha puesto de relieve, sobre todo en los trabajos de Esser (50), que las directrices de la metodología no se comportan de forma diferente que la ley: no pueden eliminar los espacios de la interpretación de la ley y de la obtención del derecho, sino en todo caso estructurarlos.

Ni siquiera sobre la clasificación y el contenido correspondiente de las doctrinas de interpretación existe un criterio único (51). Se distingue la

(48) Desarrollado en mi trabajo *Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform*, (nota 35).

(49) Esto naturalmente tiene unas consecuencias para la vinculación del juez con la ley, que ya fueron discutidas en tiempos de la jurisprudencia de intereses; cfr. al respecto la disputa entre Stampe, «Rechtsfindung und Interessenwägung», en: *Deutsche Juristenzeitung*, 10 (1905), 713 ss. y Heck, «Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue», *loc. cit.* 1140 ss. Sobre el estado actual de la discusión W. Hassemer, *Rechtssystem und Kodifikation* (nota 40); Lorenz, *Die Bindung des Richters*, (nota 37).

(50) Especialmente *Vorverständnis und Methodenwahl*, (nota 24), pp. 124 ss. y *passim*.

(51) Al respecto y acerca de lo que sigue, instructivo, Schroth, *Philosophische und juristische Hermeneutik* (nota 40), pp. 288 ss.

interpretación de la concretización de las normas, el objetivo de la interpretación de los medios de la misma, la interpretación subjetiva de la objetiva, etc., y naturalmente con estas distintas divisiones se establecen contenidos también distintos. Así se entiende, por ejemplo, bajo interpretación «histórica» algo diferente según se le añada respectivamente una interpretación «genética» (52) o no (53). De ahí resulta que esta parte de la metodología no ofrece ningún sistema de reglas con cuya ayuda se pudiera interpretar *more geometrico*; quien quiera aplicar la ley mediante una teoría de la interpretación, debe antes decidirse entre los distintos sistemas de interpretación y necesita, por tanto, para tomar su decisión informaciones que no son proporcionadas precisamente por la metodología.

Aún más importante para la constitución de espacios de interpretación es el hecho de que la metodología contiene efectivamente reglas de interpretación, pero carece de meta-reglas para estos propósitos.

Es comprensibles desde el punto de vista teóricos y se afirma siempre por parte de la práctica judicial (54), que la elección de una determinada regla de interpretación es de gran trascendencia; se producen diferentes resultados de interpretación si se juzga según la voluntad del legislador, o bien según el tenor literal de la norma, o según su sentido. Las reglas de interpretación sólo podrían conseguir una «vinculación» del juez si no prescribieran simplemente un determinado procedimiento de interpretación —que es lo que hacen—, sino que además dictaran también —que es lo que no hacen— en qué situaciones de decisión habría que seguir qué regla de interpretación: es decir, si contuvieran una metaregla para su aplicación. Esta regla no existe. El intento emprendido en ocasiones de relacionar las reglas de interpretación de forma razonable, de establecer un orden jerárquico entre ellas, no es convincente a nivel teórico y no tiene ninguna trascendencia práctica (54). Por consiguiente, las reglas de interpretación no son determinantes con respecto al resultado. Son ofertas para legitimar resultados deseados (y conseguidos por otros medios): como acordes con la voluntad del legislador, con el texto de la ley,

(52) Así, p. e., Müller, *Juristische Methodik* (nota 39), pp. 160 ss.

(53) Así, la doctrina consagrada y hoy todavía general, como es transmitida también por las disciplinas dogmáticas: cfr. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, parte general, 3.ª edic. (1978), §17 IV, el cual se orienta sobre todo en Englisch.

(54) Un rico material al respecto ha sacado a la luz el proyecto de investigación muniqués «Argumentationstheoretische Aspekte höchstrichterlicher Rechtsprechungsänderungen», que ha sido dirigido por Arthur Kaufmann, Ulfrid Neumann y Jochen Schneider, y cuyos resultados no han sido publicados aún.

etc.; son medios de la presentación, no de la producción de la interpretación de la ley.

c) *Teorías de la argumentación.*

El caso de las reglas de argumentación de la metodología jurídica, las conclusiones *a fortiori*, *a similibus ad similia*, *e contrario*, etc., no es muy diferente (56). También estos procedimientos presuponen una decisión previa sobre los criterios que ellos mismos no contienen. Esta decisión concierne a la comparabilidad (similitud, no similitud) de las constelaciones que son comparadas de forma concluyente. Las reglas de argumentación no dicen nada acerca de esta comparabilidad; posibilitan —en la medida en que están emparentadas con las reglas de interpretación— sólo la presentación profesional y la legitimación de una decisión, que ha constataado previamente, para dos constelaciones, la similitud (como condición previa de una conclusión por analogía) o la no similitud (como condición previa de una conclusión a la inversa).

Con ello, la relación entre norma y caso real se liberó de su rigidez jurídico-conceptual, abriendo así el camino para una referencia mutua. La ley y las reglas de la metodología ya no podían ser comprendidas como magnitudes fijas de las que se deducía mecánicamente la decisión de los casos. El concimiento del carácter abierto de los programas jurídicos de decisión obligó más bien —si se quería evitar la solución teóricamente ingenua, prácticamente peligrosa e impedida por el derecho constitucional, de permitir al juez rellenar de forma arbitraria y a su gusto los espacios abiertos de la interpretación de la ley—, a seguir preguntando por las posibilidades que existen para una concreción de la ley en la dirección del caso real a decidir. La concreción a través de la referencia de la ley al caso debía ser el programa metodológico (57) de una teoría de la interpretación después de la evidencia de que ni la ley misma ni las reglas de la metodología podían garantizar la interpretación de la ley por sí solas.

(55) Por ejemplo, en Larenz, *Methodenlehre* (nota 13), pp. 332 ss.

(56) Cfr. por ejemplo, Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes. Ein Lehrbuch*, 1981, número 69.

(57) Junto con el programa metodológico tenía que surgir también, del conocimiento del carácter abierto de la ley, un programa sociológico-jurídico, que no se preguntaba por la realización «correcta» sino por la realización «fáctica» de los campos de decisión judicial, encontrando en esa línea actitudes, disposiciones, motivos inconscientes, juegos de roles, etc.; cfr. al respecto Rottleuthner, *Richterliches Handeln. Zur Kritik der Juristischen Dogmatik*, 1973, segunda parte, pp. 61 ss. («Zur Soziologie richterlichen Handelns»); «Zur juristischen Hermeneutik», *ibidem*, pp. 32 ss.

2. Filosofía del derecho (ser y deber ser).

El programa de la concreción de la ley mediante la referencia al caso real fue preparado por la otra fuente de la hermenéutica jurídica en la R.F.A., la de la filosofía del derecho. También allí, el teorema de la concreción era un objeto central de las reflexiones que condujeron —aunque por otros caminos— a una nueva comprensión de norma y caso, lo que se une a los conocimientos de la hermenéutica dotándola de fundamentos más firmes (58).

El punto de partida de la hermenéutica jurídica orientada filosófico-jurídicamente, elaborada sobre todo por Arthur Kaufmann (60) —siguiendo especialmente a Radbruch (59)—, y a la que se pueden añadir también las teorías de la naturaleza de la cosa (61), de las estructuras lógico-reales (62) o del «derecho natural de contenido variable» (63), es la relación entre derecho y ley, entre esencia y existencia, entre deber ser y ser. Esta relación es conceptualizada como «diferencia ontológica» y parafraseada como «campo de tensión», como «correspondencia».

Lo que en la variante metodológica de la hermenéutica jurídica era la disolución de la vinculación rígida entre la norma y el caso, en la variante filosófico-jurídica era la disolución de una relación de derivación entre derecho natural y derecho positivo (ley), era, con otras palabras, la pregunta por la posibilidad del derecho «justo» (*richtig*), después de la desaparición de un derecho natural abstracto, válido siempre y en todas partes. También la variante filosófico-jurídica surgió, por consiguiente, de la crítica a una seguridad engañosa en la obtención de decisiones jurídicas justas, de la crítica a la posibilidad de una mera deducción a partir de principios superiores de decisión. También la variante filosófico-jurí-

(58) Una somera exposición con más referencias en mi trabajo «Der Begriff des positiven Rechts», en: *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 77 (1978) bajo B. (102 ss).

(59) Ante todo: *Rechtsphilosophie*, 8.ª edic. (1973, ed. Hans P. Schneider y Erik Wolf); *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, 1948 (reedición 1960); *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 3.ª edic. (1965 ed. Arthur Kaufmann).

(60) Cfr. ante todo, los trabajos recopilados en los vols. cols. *Juristische Hermeneutik* (nota 6) y *Rechtsphilosophie im Wandel* (nota 22); además *Analogía y "naturaleza de la cosa"*. *Hacia una teoría de la comprensión jurídica* (trad. Barros Bourie), 1976.

(61) Sobre todo Maihofer, «Die Natur der Sache», 1958; Bobbio, «Über den Begriff der "Natur der Sache"», 1958; Baratta, «Natur der Sache und Naturrecht», 1959; Schambeck, «Der Begriff der "Natur der Sache"», 1960; todo ello impreso en: Arthur Kaufmann, (ed.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, 1965, pp. 52 ss., 87 ss., 104 ss., 164 ss.

(62) Sobre todo Stratenwerth, *Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, 1957, pp. 7 ss., 28 ss.; Welzel, *Wahrheit und Grenze des Naturrechts*, 1963, pp. 13 ss.

(63) Sobre todo Stammler, *Die Lehre vom richtigen Rechte*, 2.ª edic. (1926).

dica de la hermenéutica jurídica se negó, después de la desaparición de las determinaciones iusnaturalistas de decisión, a aceptar cualquier tipo de decisiones arbitrarias del legislador en sentido positivista como «justas». También ella siguió preguntando por las posibilidades de una concreción del «derecho justo» (*richtigen Recht*) en la dirección del caso a decidir. También ella buscó la respuesta a esta pregunta en una relación: entre deber-ser y ser, entre esencia y existencia, poniendo con ello en movimiento la relación entre la regla y el objeto de decisión, después de que la doctrina del derecho natural y el positivismo la hubiesen comprendido sólo mecánicamente (64).

«El derecho es la correspondencia entre deber-ser y ser» —esta frase programática puntualiza la hermenéutica filosófica-jurídica; es la tesis clave del escrito que unió, en la literatura alemana, la variante metodológica y iusfilosófica de la hermenéutica jurídica (65). Esta correspondencia se fundamenta ontológicamente en la analogicidad del ser y del conocimiento (66). Toda obtención del derecho tiene una estructura analógica (67), es una «adaptación» de caso vital y norma (68).

Con ello se establece la vinculación entre la variante metodológica y la iusfilosófica de la hermenéutica jurídica. La relación entre norma y caso, que fue dinamizada tras el derrumbamiento de la tesis de la subsunción, se corresponde a su vez con la relación entre deber-ser y ser. La hermenéutica jurídica ve su objeto específico en estas relaciones y en la referencia mutua de las categorías de relación. A partir de ahí desarrolla su teoría de la interpretación de la ley y de la decisión del caso vital.

V. PUNTOS PRINCIPALES

Sin embargo, la relación entre caso y norma, entre ser y deber ser únicamente puede ser dinamizada mediante un elemento que una, no sólo de forma situacional y casual, las dos categorías de relación. El deber ser y el ser, la norma y el caso sólo pueden llegar a ser productivos mutuamente

(64) Sobre este contexto y lo que sigue, más ampliamente mi exposición «Die Hermeneutik im Werk Arthur Kaufmanns», en: *Dimensionen der Hermeneutik* (nota 1), pp. 1 ss., 3 ss., 7 ss.

(65) Arthur Kaufmann, *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Typus*, 2.ª edic. (1982) p. 18; sobre la edición española ver más arriba nota 60.

(66) *Loc. cit.*, pp. 29 ss.

(67) *Loc. cit.*, p. 37.

(68) *Loc. cit.*, p. 38.

si se supera la separación metodológico-dualista, si se señala un puente entre ellos, que no sólo los vincule entre sí, sino que los una indisolublemente. La hermenéutica jurídica encuentra este puente preparado, por un lado, en los proyectos para un «derecho natural concreto» y, por otro, en la teoría de la comprensión.

1. Derecho natural concreto.

La búsqueda de un «derecho natural concreto» que haya superado, por una parte, la ingenuidad epistemológica del tradicional pensamiento iusnaturalista abstracto suprahistórico (y en esa medida, «concreto»), y por otra, empero, siga defendiendo frente al positivismo el carácter de lo «justo» (*gerecht*) y de lo materialmente «correcto» (*richtig*) (y en esa medida, «derecho natural»), se ha realizado por caminos diferentes: en las doctrinas sobre la «naturaleza de la cosa» o sobre las «estructuras lógico-reales» o también en las «teorías jurídicas institucionales» (69). Todas tienen en común las siguientes convicciones fundamentales: una separación estricta entre el ser y el deber-ser (dualismo metodológico) es posible desde el punto de vista analítico, pero una equivocación desde el fenomenológico; tal separación contradice toda clase de experiencia humana. No se puede encontrar ni un deber puro ni un ser puro. Todo ser es valorado previamente —aunque de forma diferente—, todo deber requiere una prolongación en casos para poder ser comprendido. El lenguaje que hablamos, las instituciones en y con las que vivimos, necesariamente son determinados tanto por el ser como por el deber ser. El derecho tampoco puede comprenderse como justeza (*Richtigkeit*) «pura» o simple hecho. No es sólo la positividad la que necesita de la justicia, sino también la justicia la que necesita de la positividad. Con ello, se produjo una vinculación entre el ser y el deber, vinculación que remitió mutuamente a ambos de una forma necesaria. Si no podía ser pensado un deber sin vinculación a casos reales (y viceversa), entonces la tarea de la filosofía jurídica consistía en elaborar la mediación entre justicia y positividad del derecho, y la tarea de la metodología jurídica consistía en desarrollar un procedimiento para la aproximación entre caso vital y norma.

(69) Una somera y resumida exposición con referencias, en Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer, *Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 1971, pp. 18 ss., 23; cfr. también Ellscheid, «Das Naturrechtsproblem. Eine systematische Orientierung», pp. 171 ss. (3.3.), 186 ss. (3.5.); Arthur Kaufmann, «Problemgeschichte der Rechtsphilosophie», p. 82 ss. —ambos en: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie* (nota 35).

2. La teoría de la comprensión

La misma determinación de la tarea de la metodología jurídica surgió de la recepción de la hermenéutica general, sobre todo en los trabajos de Schleiermacher (70), Dilthey (71) y Gadamer (72), pero también de Heidegger (73). Sin tener en cuenta las diferencias —ciertamente importantes para la hermenéutica general— en estos trabajos (74), para la hermenéutica jurídica se puede señalar el siguiente aspecto esencial: la interpretación de la ley equivale a la comprensión de un texto. La comprensión de textos es sólo un modo de la comprensión, entendida como una forma general de la existencia humana y del contexto de los efectos históricos. La comprensión presupone una anticipación del sentido, la integración de la parte que ha de ser comprendida en un todo preconcebido. La comprensión es, por lo tanto, un proceso de acercamiento en desarrollo, un proceso que acerca el sujeto que comprende y el objeto a comprender hacia un encuentro mutuo, produciendo así una transformación recíproca. Este proceso se desarrolla en el tiempo; pone en juego, por consiguiente, al individuo con su historia vital y el contexto de las tradiciones soiales («comprensión previa»). Puesto que no es contemplación (de un sujeto frente a un objeto), sino acercamiento en desarrollo, se produce de forma circular o, como hay que decir más correctamente (75), en forma de espiral: el sujeto y el objeto se acercan el uno al otro en el proceso de la comprensión, se presuponen mutuamente en los diferentes niveles de acercamiento.

Este movimiento excluye la posibilidad de medir y comprobar la comprensión acertada (el conocimiento «verdadero»). Ya que *res e intellectus* no se encuentran mutuamente en una relación estática de contemplación, sino en una relación dinámica de acercamiento, la «verdad» no

(70) Sobre todo 1.^a Sección, Tomo 7, de las obras completas, 1838, (ed. Küdze), pp. 143 ss.

(71) Sobre todo Tomo VII de las obras completas, 1966 ss.

(72) Cfr. arriba nota 10.

(73) *Sein und Zeit*, 11.^a edic. (1967), sobre todo pp. 148 ss., 310 ss.

(74) Cfr. al respecto las resumidas exposiciones de Schroth, *Theorie una Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht*, 1983, pp. 23 ss. Rottleuthner, *Richterliches Handeln* (nota 57), pp. 32 ss.; más general Wittmann, «Der existenzialontologische Begriff des Verstehens und das Problem der Hermeneutik», pp. 41 ss., y U. Neumann, «Zum Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik», p. 49 ss., ambos en: *Dimensionen der Hermeneutik* (nota 1)

(75) W. Hassemer, *Tatabestand un Typus* (nota 44), p. 107 ss.

puede ser *adaequatio rei et intellectus*; es más bien un fenómeno dialogal, consensual y procedimental (76).

Se nota la proximidad de la hermenéutica general a la imagen de English del «ir y venir de la mirada» (77), pero también a las teorías modernas de un derecho natural concreto. En todo caso se trata de un acontecimiento concreto, de un proceso de acercamiento de sujeto y objeto, de deber ser y ser, de norma y caso; siempre se concibe cada polo de acercamiento de forma abierta hacia el otro polo, y nunca se puede calcular el resultado del acercamiento *more geométrico*.

3. Tres *topoi*

La teoría y la metodología jurídica se han servido a menudo de este conocimiento. Esta utilización abarca desde la práctica judicial (78) hasta la retórica jurídica (79) y la tecnología de la enseñanza (80). No es este el lugar para explicarla detalladamente. Para terminar debemos más bien marcar en sus puntos esenciales sólo los tres *topoi* alrededor de los cuales se puede centrar actualmente la hermenéutica jurídica; la concreción de la norma y la constitución del caso; la comprensión previa; la comprensión escénica.

a. La concreción de la norma y la constitución del caso.

La opinión de que la aplicación de la ley consiste en la subsunción de un caso bajo una norma no se basa sólo en un modo de ver teóricamente ingenuo (81), sino que también es el resultado de miras estrechas en la práctica. Es el modo de ver de un juez de segunda instancia al que se le ha dado el caso concluido y al que le quedó solo la misión de revisar la calificación jurídica de este caso. Esta es sólo una pequeña parte de la práctica jurídica. No se considera de esta forma la actividad, por ejemplo, de las partes y de los abogados, o la tarea del juez instructor, que consiste en construir el caso que a continuación ha de ser enjuiciado jurídicamente.

(76) Desarrollado con más detalles en mi Introducción (*Fundamentos*, nota 47), § 16 II 3; Exkurs 2.)

(77) Cfr. arriba, las notas 41, 42.

(78) En general Baratta, «Über Juristenrecht», en: *Dimensionen der Hermeneutik* (nota 1), pp. 57 ss.

(79) Haft, «Juristische Hermeneutik und Rechtsrhetorik», en: *Dimensionen der Hermeneutik* (nota 1), pp. 91 ss.

(80) Philipps, «Juristische Hermeneutik und Lehrtechnologie», en: *Dimensionen der Hermeneutik* (nota 1), pp. 103 ss.

(81) Al respecto, arriba, capítulo IV, 12.

Los casos no están previamente dados y tampoco se producen solos, sino que son más bien el resultado de un procedimiento constructivo en el cual participa de forma productiva la persona que quiere aplicar la ley. La hermenéutica jurídica ha elaborado claramente y discutido de manera amplia este conocimiento (82).

Los polos en el proceso de la comprensión jurídica, que han de acercarse y adaptarse mutuamente, son la norma jurídica y el caso vital. No se puede comprender la norma sin tener una representación de las circunstancias en las que debe «encontrarse» (83). Todo aquel que imagina el contenido de un deber relaciona este último con hechos, sean pensados u observados. De la misma manera que no «existe» la norma abstraída de cualquier ser, no «existe» el caso abstraído de cualquier norma. Por una parte, no tendría sentido incluir cualquier «caso» en la consideración jurídica; para esta consideración, trivialmente, sólo son relevantes aquellas circunstancias que puedan tener un significado jurídico, y sin una representación de reglas jurídicas (84) el «significado jurídico» no puede comprenderse. Por otra parte —y esto es lo más importante—, los casos son siempre el resultado de una selección y estructuración de informaciones. Las circunstancias del mundo exterior en toda situación práctica son tan numerosas y complejas que no pueden ser percibidas en su totalidad. Son integradas más bien en un «conjunto», en una «forma», que presta «sentido»; esto, empero, no quiere decir sino que en cada caso son seleccionadas y relacionadas en un contexto estructural. La percepción y el lenguaje humanos no pueden ser concebidos sin selección y estructuración.

Un «acontecimiento del mundo exterior» se convierte en un «caso real vital» y a continuación en un «caso real jurídico», igualmente a través de procesos de selección y estructuración. La selección y la estructuración

(82) Básico Hruschka, *Die Konstitution des Rechtsfalles. Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung*, 1965.

(83) Cfr. el bello ejemplo de Radbruch, en el que nuevamente se aprecia la correspondencia entre la filosofía hermenéutica del derecho y la metodología: «La idea artística es distinta según se realice en mármol o en bronce. Esta relación entre idea y materia puede ser llamada la determinación material («Stoffbestimmtheit») de la idea» (*Die Natur der Sache als juristische Denkform*, 1960, p. 17).

(84) Así, por ejemplo, los ingresos de una persona tienen una importancia jurídica muy diferente, según se trate de derecho fiscal, derecho electoral o derecho penal; en el derecho electoral, la irrelevancia es una conquista histórica, en el derecho penal, para la constatación de la culpa son regularmente intranscendentes, para la cuantificación de la pena pueden ser importantes —si se trata, por ejemplo, de cuantificar una multa—: siempre es empero el programa normativo jurídico el que decide sobre la importancia.

por su parte no son posibles sin principios conductores de la percepción y de la decisión, sin un saber sobre lo que debe figurar como «significativo» y como «insignificante», como central y como periférico. Estos principios son, para la constitución de un caso, las normas con las que hay que poner en correspondencia dicho caso.

Así pues, ni la norma ni el caso pueden ser comprendidos ni producidos sin una vinculación mutua. La concreción de la norma sólo puede desarrollarse paulatinamente al producirse simultáneamente el caso. La hermenéutica jurídica caracteriza, por consiguiente, la obtención del derecho como «despliegue» mutuo del supuesto de hecho y del caso real en la categoría de la simultaneidad» (85).

b. *Comprensión previa*

Si la constitución del caso se produce con ayuda de la norma jurídica, surge al mismo tiempo otro problema. Pues la norma no se presenta —fuera del procedimiento concreto de interpretación— justamente como valor calculable definido, sino que es por su parte un fenómeno que debe ser desarrollado dinámicamente en el proceso de la interpretación. Si se mira más de cerca, no se debería, por lo tanto, hablar de la «norma», sino sólo de la «comprensión de la norma» de la persona que pretende comprenderla. Esta comprensión de la norma es un fenómeno no-estático y no-objetivo; se transforma necesariamente durante el proceso de comprensión y es una potencia de aquella persona que realiza tal proceso.

Por lo tanto, precisamente en el ámbito jurídico, donde la comprensión o in-comprensión (*miß-Verstehen*) suele tener consecuencias dolorosas para otras personas, se debe uno preguntar de forma crítica cómo podrían justificarse semejantes procesos de comprensión como «correctos», cómo terceras personas implicadas pueden controlar estos procesos y protegerse de malentendidos. La hermenéutica jurídica contesta a esta pregunta con la categoría de la «comprensión previa», tomada de la hermenéutica general y adaptada por ella a sus propios planteamientos (86).

(85) W. Hassemer, *Tatbestand und Typus* (nota 44), p. 108.

(86) Básico Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl* (nota 24), pp. 136 ss. y passim; con otros acentos, también W. Hassemer, *Einführung* («Fundamentos», nota 47), § 14, § 15 I Exkurs 1.

Saber que la obtención del derecho es un proceso de comprensión ya es motivo para observar el desarrollo y el resultado de la obtención del derecho con precaución y crítica. Pues la comprensión, por lo pronto, no es sustituible ni reiterable, sino que es el rendimiento (conseguido o fracasado) de un individuo en el tiempo: posiblemente otra persona hubiese comprendido de otra forma y otra cosa, y lo mismo es válido para este individuo en otra situación. Además, nadie entiende algo de manera «pura» o incluso «objetiva»; el individuo ve más bien el objeto con sus propios ojos, con base en sus propias esperanzas, desilusiones y angustias vivenciales, selecciona y estructura (87) con ayuda de sus personales expectativas de sentido, de sus individuales comprensiones previas. Vista de esta forma, la categoría de la precomprensión equivale en el sentido peyorativo al prejuicio o incluso a la predeterminación: la interpretación de la ley sería «el resultado de su resultado», como Gustav Radbruch lo formuló una vez (88), la expectativa del sentido crearía el sentido.

Esta interpretación de la comprensión previa es correcta en sí, pero incompleta. Expresa con razón que no existe comprensión sin la expectativa del sentido, basada en la vivencia. Olvida, empero, que la precomprensión no es sólo un fenómeno histórico-vivencial e individual. Provo-ca por consiguiente la impresión equivocada de una alternativa para la precomprensión, de la posibilidad de una comprensión «libre de prejuicios».

Las expectativas del sentido, las comprensiones previas, sólo en última instancia son potencias de individuos determinados. En primer lugar, son características de la sociedad y de la cultura, resultados del «contexto de los efectos» históricos, que no implican sólo a los hombres sino también su derecho correspondiente. En este sentido no son situacionales, individuales y espontáneas, sino objetivas y duraderas. Las precomprensiones son también resultados de una socialización profesional; con buena razón se puede considerar la formación jurídica como un intento de transmitir y elaborar las expectativas jurídicas del sentido.

(87) Cfr. arriba en V. 3. a.

(88) Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 7.^a y 8.^a edic. (1929), p. 129. La cita reza en conjunto: «La interpretación es el resultado de su resultado, el método de interpretación sólo es escogido cuando el resultado se tiene ya, los así llamados medios de interpretación sirven en verdad sólo para fundamentar posteriormente, a partir del texto, lo que previamente se había encontrado en una complementación creativa del texto».

Desde este punto de vista sería ingenuo y peligroso obligar al juez a que practique una interpretación de la ley «sin prejuicios», exigir de él que evite la comprensión previa. Puesto que le sería imposible, ya que no vive fuera de la sociedad ni de la historia, esta recomendación se convertiría en la praxis en tácticas judiciales de encubrimiento y de silencio. También la hermenéutica general ironizó el intento de evitar el círculo hermenéutico y recomendó no «salir del círculo sino entrar en él de forma adecuada» (89). Para la práctica judicial esto sólo puede significar que ponga al descubierto comprensiones previas y procure que sean comunicables y controlables, comprometiéndose a la integridad de la reflexión y la argumentación en el procedimiento (90). Si la precomprensión es una condición de la posibilidad de la comprensión, entonces la justeza de la comprensión judicial no se puede producir y controlar de forma sustancial, sino sólo procedimental.

c. Comprensión escénica.

Con ello se alcanza el nivel para un desarrollo ulterior de la hermenéutica jurídica actual; el nivel del procedimiento (91).

Aunque la hermenéutica general pronto —especialmente en Dilthey (92)— no sólo se concentró en la comprensión de los textos sino más bien en las manifestaciones vivenciales o estados de ánimo ajenos como objeto de la comprensión, la hermenéutica jurídica no ha dado importancia a esta tradición; se ha concebido más bien como hermenéutica de textos y ha limitado su interés a la relación entre norma y caso, ocupándose dentro de esta relación mucho más de la interpretación de la ley que de la constitución del caso. Esta limitación no es adecuada al objeto.

La actuación jurídica —y también judicial— sólo muy en última instancia significa trabajo con los textos, esencialmente sólo en el asesoramiento judicial y en la obtención de la sentencia. En primer lugar es ante todo comunicación e interacción humana, un proceso, un acontecimiento fugaz y no-reproducible en el tiempo, es también contacto con la palabra

(89) Heidegger, *Sein und Zeit* (nota 73), p. 153.

(90) Sobre esto, con más detalles mi trabajo *Tatbestand und Typus* (nota 44), pp. 135 y ss.

(91) Unas primicias en mi Introducción (*Fundamentos*, nota 47), § 16 II 3 («Comprensión escénica»), § 16 III («Principios del derecho procesal-penal: modelo de comprensión escénica»).

(92) Cfr. al respecto Dilthey, «Die Entstehung der Hermeneutik», en *Gesammelte Schriften*, 1966 ss., Tomo V, pp. 317 ss.

hablada y no sólo con el texto escrito, es un actuar en secuencias de acción y estrategias. En esta fase escénica de la actuación judicial es donde suceden realmente la concreción de la norma y la constitución del caso, y donde las comprensiones previas producen consecuencias.

La hermenéutica jurídica está bien equipada para una teoría fructífera de la comprensión escénica. Su arsenal conceptual y metódico para la captación de la correspondencia y de la simultaneidad, su interés por la dinamización de las relaciones polares, su entendimiento procedimental de la comprensión lograda y del juicio justo, permiten la esperanza de que la hermenéutica jurídica aportará resultados importantes para el desarrollo de una moderna teoría del proceso.