



INTERPRETACIÓN Y HERMENÉUTICA

Francesco D'Agostino

1. IN CLARIS NON FIT INTERPRETATIO

In claris non fit interpretatio. Durante generaciones este principio ha sido considerado como algo tan evidente, que los juristas se han visto inducidos a opinar que el nexo entre derecho e interpretación, aunque muy estrecho, no es *constitutivo* de la doctrina y de la propia experiencia jurídica. A Ciceron, por ejemplo, y en general a cada romano de la época clásica, le parecía absolutamente obvio que la interpretación, considerada por sí misma, no es sino un *munus exiguum*, una modesta tarea, aunque practicada por hombres respetables¹. Podemos añadir algo más: la interpretación, no solo ha sido considerada –hasta épocas muy recientes, digamos hasta el siglo pasado– una actividad claramente *secundaria* y siempre circunstancial, a la cual recurrir solo en casos extremos y marginales, sino que también ha sido tenida, de alguna manera, por *peligrosa*, y como tal el legislador tenía que controlarla de cerca y despreciarla². Podía incluso llegar a

1. CICERONE, *De legibus*, I, 4: cf. M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 1987, p. 332.

2. Dicen que, cuando supo que Maleville había publicado el primer comentario a su Código, Napoleón exclamó: *Mon Code est perdu!*. Cf. F. HAFT, *Aus der Waagschale der Justitia*, Munchen 1990², p. 102.

proscribirla como ilícita, por ser algo dañino más que útil: éste es el argumento propugnado por el *Corpus Juris* en la famosa Constitución *Deo auctore*; o por ser capaz de atentar contra la sencillez de los corazones: y a este respecto se puede recordar que San Francisco ordenó a sus monjes que siguieran las *Regulae* de la orden que él fundó sin comentarlas ni interpretarlas³.

2. LA DOCTRINA TRADICIONAL DE LA INTERPRETACIÓN

La doctrina tradicional de la interpretación ha sido lentamente construida, siglo tras siglo, partiendo de estas premisas, que –hay que admitirlo– aún hoy siguen siendo, al menos implícitamente, ampliamente compartidas. En lo fundamental, dicha doctrina presupone que el *sentido* de los enunciados normativos es fundamentalmente *unívoco* y que, en casos normales, el intérprete puede captarlo y volver a expresarlo sin tener que recurrir a esfuerzos hermenéuticos. A esta doctrina tradicional hay que remitir las normas positivas sobre la interpretación (como el celebre art. 12 de las *Disposiciones sobre la ley en general* que precede el *Código Civil* en vigor). Normas que, por ser tales, hacen transparente la intención del legislador de poner límites a la libertad del intérprete.

Los principios fundamentales de esta doctrina (que llega a su plena madurez con el iuspositivismo del siglo XIX) se basan en una serie de precisas premisas dogmáticas (evidentemente no siempre presentes todas a la vez en las diferentes formulaciones doctrinales):

3. Cf. V. FROSINI, *La regola francescana come problema di interpretazione giuridica*, en AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, Milano 1990, pp. 237-242, y también en FROSINI, *Lezioni di teoria dell'interpretazione giuridica*, Roma 1991³, pp. 179 ss.

a) (principio de la) pre-constitución de la norma jurídica con respecto a la interpretación: se da a este propósito una clara y firme distinción de principio entre *actividad de producción de la norma* (considerada exclusiva del legislador) y *actividad de interpretación de la norma* (dejada al jurista);

b) distinción entre *interpretación aplicativa* (propia del jurista-juez, como 'bouche da la loi') e *interpretación* (estrictamente) *científica* (propia del jurista-científico del derecho);

c) restricción del ámbito lícito de la interpretación sólo para aquellos casos (minusvalorados, porque indican una pésima técnica legislativa) de *oscuridad*, *insuficiencia* o *silencio* de la ley positiva;

d) insistencia en el carácter rigurosamente gnoseológico (y no político) de la interpretación. O sea, la interpretación como instrumento de conocimiento, orientado a la comprensión *auténtica* de un texto normativo positivo, con el objetivo de averiguar y aplicar correctamente la propia norma;

e) confianza en la posibilidad de encontrar rigurosos *cánones interpretativos* de tipo *lógico-racional*, cuya finalidad es la *exactitud de la interpretación* (análisis lógico y gramatical del texto, estudio de los trabajos preparatorios, investigación y averiguación de la voluntad del legislador, examen sistemático del ordenamiento normativo al cual pertenece la norma que hay que interpretar, etc.) para que los organismos encargados y, en última instancia, el propio legislador, puedan controlarla.

A raíz de estos principios se ha desarrollado una riquísima dogmática en temas de interpretación que ha multiplicado las categorías internas al concepto (por lo cual se habla de interpretación restrictiva y extensiva, interpretación histórica y sistemática, interpretación evolutiva y analógica, etc.). Se puede afirmar que gracias a esta elaboración dogmática, aunque tarde en incorporarse a los *curricula* oficiales de los estudios académicos

de derecho, la *teoría de la interpretación* ocupa ya un espacio epistemológico propio en la didáctica de la jurisprudencia⁴, además de en la psicología⁵.

3. LA NUEVA CONCIENCIA HERMENÉUTICA

La crítica a esta postura tradicional fue esencialmente filosófica y puede considerarse, en lo fundamental, ya concluida. Este criticismo fue posible porque ya en la cultura del siglo XIX, y definitivamente en aquella del siglo XX, empezó a difundirse, y acabó por imponerse, una *conciencia* nueva, que ha terminado por adjetivarse como *conciencia hermenéutica* (en sentido literal). Este acontecimiento ha agudizado de manera definitiva la crisis del "pensamiento objetivante y demostrativo, que pretende ampliar el conocimiento por medio de la demostración pura y concibe la verdad como un objeto que se ofrece a la mirada de un golpe y que es posible que conozcamos en un sistema cumplido y definitivo"⁶. La hermenéutica nos impone *volver a tematizar* radicalmente nuestra relación con la verdad y renunciar a la ilusión de la elaboración de un *método* para cogerla y hacernos

4. A este propósito hay que mencionar explícitamente obras como la de G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980. Hasta en los textos más inteligentes de introducción al estudio del derecho se encuentran secciones autónomas dedicadas a la teoría de la interpretación: cf. p. ej. M. JORI - A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino 1988, pp. 169 ss.; y también toda la primera sección de *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, editado por M. BESSONE y R. GUASTINI, Padova 1994.

5. Acerca de la *psicología* de la interpretación, que queda fuera del tema tratado en estas páginas, véase P. CASTELLANI, *Il giudice esperto. Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario*, Bologna 1992.

6. Así se expresa L. PAREYSON, *Interpretazione e libertà della filosofia '91*, editado por G. VATTIMO, Roma-Bari 1991, p. 3.

dueños de ella⁷; nos impone reconocer la *indivisibilidad* de las actividades de *conocer e interpretar* y reformular completamente nuestra manera de concebir la filosofía del conocimiento y hasta la filosofía en general, que asimismo adquiere un radical *carácter hermenéutico*. "La interpretación –escribe Mathieu– actúa en todas las actividades humanas y en todas las exigencias que hacen hombre al hombre: poesía, moral, derecho, religión, medicina, economía, comercio (hurto incluido). Y también en la ciencia. *El hombre es un animal hermenéutico*, porque habla, y por eso mismo la filosofía hermenéutica re-encuentra la unidad del hombre consigo mismo y con el mundo"⁸.

El problema del *sentido* –que en la doctrina tradicional era considerado marginal– llega a tener, un nuevo horizonte, un papel principal: la ingenua confianza en el *carácter unívoco* y, por lo tanto, en la *objetividad* del sentido, se sustituye por el conocimiento de su intrínseca e irreductible *pluralidad*, y, por consiguiente, de su carácter necesariamente *personal*. "La interpretación –se lee en Pareyson– es la única forma de conocimiento capaz por un lado de proporcionar una definición personal y por lo tanto *plural* de algo único e indivisible (sin por ello arriesgar ni trastocar su unidad), y por otro lado, permite atrapar y revelar algo *infinito* sin limitarse a alusiones o a rodeos, sino como algo auténticamente poseído"⁹.

7. Es éste el tema central de una de las obras maestras de la filosofía del siglo XX, *Wahrheit und Methode* de H. G. GADAMER (trad. ital. bajo el título *Verità e metodo*, Milano 1972). Acerca del pensamiento de Gadamer, cf. G. RIFANTI, *Gadamer*, Assisi 1980; G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Milano 1984; A. OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, *La hermeneutica juridica de Hans Georg Gadamer*, Valladolid 1992.

8. V. MATHIEU, *Manifesto di un movimento ermeneutico universale*, en "Filosofia", 1992, p. 213.

9. L. PAREYSON, *Verità e interpretazione*, Milano 1971, p. 79.

La nueva conciencia filosófica ha creado por lo tanto un nuevo horizonte filosófico que se ha revelado extremadamente fecundo¹⁰, y que ha terminado por representar un "lugar" ya clásico (por no decir: *el lugar*) del pensamiento de nuestro siglo.

4. LOS JURISTAS Y LAS PROVOCACIONES DE LA HERMENÉUTICA

¿Como han percibido y recibido los juristas la llegada de la nueva conciencia hermenéutica? No es fácil decirlo. Para ellos, herederos de una tradición de muchos siglos acerca de la interpretación, fue ciertamente desconcertante el hecho de que se pusieran en duda sus métodos, que se declararan obsoletas muchas de sus teorías (y además por parte de filósofos sin conocimiento alguno de derecho). Rápidamente se vieron embestidos por algo nuevo y fuertemente provocativo, algo que coloca en primer lugar no tanto la cuestión tradicional (*cómo se interpreta*), sino preguntas completamente nuevas y poco corrientes para ellos: *¿qué significa interpretar? ¿qué tipo de comprensión es indispensable para que se establezca una comprensión?* Se puede entender porqué la única salida que se presentó a algunos juristas para hacer frente al desconcierto fue la decisión, muy drástica por cierto, de alejar el problema hermenéutico¹¹.

Otros teóricos se han defendido del contagio de la hermenéutica, de manera más correcta, llevando al límite de la elabo-

10. Simplemente como ejemplo, se puede notar que ya era muy densa la *Bibliographie der Hermeneutik und ihre Anwendungsbereiche seit Schleiermacher*, editado por N. HENRICHs en 1968 (Düsseldorf, Philosophia Verlag).

11. Es esta la única explicación para la absurda decisión de G. TARELLO, en *L'interpretazione della legge*, cit., de no informar al lector acerca de la doctrina de Gadamer, por ejemplo, y de no mencionarlo ni siquiera en la riquísima *Bibliografia* que completa el volumen.



ración dogmática la doctrina tradicional de la interpretación. Es el caso, por ejemplo, de Emilio Betti en su *Teoria generale dell'interpretazione*¹², que posiblemente representa el último intento por parte de un gran jurista de construir una teoría de la interpretación "sin comprometerse con ningún sistema filosófico"¹³, o sea una teoría que niega los lazos constitutivos entre hermenéutica y filosofía.

5. LA CRISIS DEL LOGICISMO JURÍDICO

Para la mayoría de los más sensibles y atentos teóricos del derecho la influencia de la nueva conciencia hermenéutica ha sido absolutamente decisiva¹⁴. Limitando nuestra atención al problema de la interpretación de las normas de *derecho positivo*, podemos observar que la nueva conciencia hermenéutica ha implicado no solo la reformulación de las categorías centrales del ius-positivismo del siglo XIX, sino más bien el fracaso de aquella

12. Se publicó una reciente reimpression editado por G. CRIFO, Milano 1990. Acerca del pensamiento de Betti, cf. T. GRIFFERO, *Interpretare. La teoria di Emilio Betti e il suo contesto*, Torino 1988. Más reciente es A. ARGIROFFI, *Valori, prassi, ermeneutica. Emilio Betti a confronto con Nicolai Hartmann e Hans Georg Gadamer*, Torino 1994.

13. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., vol. I, p. IX. Cf. a este propósito L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, en "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico", 7, 1978, pp. 125-142 y también MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna 1985, pp. 59 ss.

14. Para una primera orientación crítica a este proposito, cf. G. ZACCARIA, *Deutsche und italienische Tendenzen in der neueren Rechtsmethodologie*, en "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", 72, 1986, pp. 291-314, trad. ital. con el título *Indirizzi della filosofia e della teoria giuridica contemporanea: una mappa*, en ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggio sull'ermeneutica giuridica contemporanea*. Padova 1990, pp. 3-40.

variante llamada *logicismo jurídico*¹⁵, y por consiguiente de las convicciones de que:

(a) sea posible formular interpretaciones *verdaderas*, o, para ser más precisos, *exactas (richtig)*;

(b) sea posible formular interpretaciones *pasivas*, donde no entre en juego la personalidad del intérprete.

A consecuencia de estas críticas, deben ser considerados como principios ya adquiridos:

(a) que en su actividad el jurista-intérprete individúa no *la* norma, sino más bien *una* norma entre las muchas que el enunciado normativo, que él está llamado a interpretar, hace posibles (o, mejor dicho, implica);

(b) que dicha individuación implica por su parte una intervención *activa* sobre el texto a interpretar, porque, por decirlo con Schleiermacher, cada *Auslegung* implica necesariamente una *Einlegung*¹⁶.

Esto es lo que surge de un sutil epigrama de Goethe, muy apreciado por los hermenéuticos¹⁷:

*Im Auslegen seid frisch und munter!
Legt ihr's nicht aus, so leg was unter.*

que podría traducirse de la siguiente manera:

*!En la interpretación sed imaginativos y risueños!
Incluso si no obteneis nada de un texto,
atribuidle un sentido.*

15. L. LOMBARDI VALLAURI, en su *Corso di filosofia del diritto*, Padova 1981, 25-178, ha hecho una crítica especialmente eficaz del logicismo jurídico.

16. La expresión retoma el juego de palabras de Schleiermacher, *Hermeneutik, nach Handschriften neu hrsg. von H. KIMMERLE*, Heidelberg 1959, I, 32.

17. De *Zahme xenien*. Se puede leer en italiano en GOETHE, *Poesie complete*, I.2, Milano 1989, p. 1.250.

6. EL JURISTA COMO PRODUCTOR DE NORMAS

Es por lo tanto un principio ya adquirido que la actividad del intérprete de normas no puede considerarse pasiva, o sea meramente reconocitiva; siendo una actividad inevitablemente *creativa* y al mismo tiempo *normativa*. Una vez aclarado que la tarea del jurista-intérprete no es *clarificar* el significado implícito en los enunciados legislativos, sino que actúa *atribuyéndoles* un significado, será inevitable admitir que el jurista-intérprete *produce* normas. Tales normas, en el caso del juez al menos, son consideradas no solo jurídicas en el pleno sentido de la palabra, sino las únicas *validas*, las únicas capaces de *resolver casos controvertidos*. Según esta perspectiva, la validez de la norma es la dimensión *formal* del poder de decisión que el juez posee, y de hecho llega a coincidir con la efectividad propia del ordenamiento jurídico. La hermenéutica se topa así con los "logros" más "paradójicos" del realismo jurídico, como el que surge de la célebre afirmación del juez Holmes: "lo que yo entiendo por derecho son las previsiones de lo que los tribunales efectivamente harán, y nada más pretencioso que eso"¹⁸. De manera análoga puede leerse una de las más típicas doctrinas de Alf Ross, según la cual han de ser consideradas normas auténticas solo aquellas que *sean ratificadas por los jueces*, mientras que aquellas escritas en los códigos y en los Boletines Oficiales sólo son *normas presuntas*¹⁹. En definitiva, la nueva perspectiva acerca de la interpretación nos obliga a volver a pensar y a elaborar una serie

18. O.W. HOLMES, *The path of law*, en *Collected Legal Papers*, New York 1920, p. 167.

19. A. ROSS, *Diritto e giustizia*, tr. it. Torino 1965, pp. 34 ss.

de concepciones jurídicas tradicionales, concepciones que van desde la función del jurista²⁰ hasta la *seguridad del derecho*²¹.

20. Y sobre todo de su *papel público* que le califica como sujeto llamado a registrar, a proponer o a decidir (o sea, a hacer respetar) interpretaciones de normas. Registran las interpretaciones los historiadores y los sociólogos del derecho (y aquí se podría discutir la cuestión –que dejamos abierta– de si ellos han de ser considerados *propriamente juristas*). Proponen interpretaciones los juristas teóricos y los jueces: la diferencia entre ellos es que mientras el primero solo se limita a proponer (y eventualmente a defender) con su autoridad sus interpretaciones, el segundo añade a su autoridad personal un poder específico que el otro no tiene, el poder de decidir qué interpretación defender en el caso concreto que tiene delante. Lo dicho no tiene validez, evidentemente, en el caso de que un juez tenga que dictar una sentencia que puede ser apelada. En este caso concreto, sin embargo, él también –como el jurista– desarrollará una función interpretativa-propositiva: *propondrá* al juez de la instancia superior una manera efectiva para solucionar la controversia, y éste último podrá aceptarla o no. Sin embargo una propuesta interpretativa procedente de un juez de primera instancia tiene más *autoridad* que aquella formulada por un intérprete-jurista. Para dar una imagen completa, falta por añadir que hay que entender el poder del legislador como el de una persona que puede no solo *proponer*, sino también *imponer* interpretaciones.

Estas distinciones son explicadas de manera clara bajo la voz *interpretazione*, por R. GUASTINI, en *Dizionario critico del diritto*, editado por C. DONATI, Milano 1980, pp. 190-192 y, con mayor amplitud, en G. TARELLO, *L' interpretazione della legge*, cit., pp. 42 ss.

21. Este no es el lugar apropiado para recordar las coordenadas históricas e ideológicas de la mencionada doctrina, ni sus buenas, hasta óptimas, razones garantes (argumentadas, de manera que puede ser considerada ya clásica, por F. LÓPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma 1942, 3ª ed., Milano 1968). Tampoco es lugar para recordar las críticas formulada que han denunciado su carácter "ilusorio" (cf., por ejemplo, KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, tr. it. Torino 1967, p. 124). Nos limitamos a observar que si por una parte la seguridad del derecho es algo muy diferente de una ilusión, y consiste más bien en "una condición a priori lógica y real para que se tenga derecho" (así en S. COTTA, *Certezza di essere nel diritto*, en AA.VV., *La certezza del diritto, un valore da ritrovare*, Milano 1993, p.77), por otra parte su defensa no puede ser dejada sólo a los jueces y a sus pretendidas competencias logicísticas. En la obra anteriormente citada (p. 84), se lee también: "están interesadas en ello, y a ello contribuyen, todos los grupos que en una comunidad tienen relación con el derecho: desde el legislador a los ciudadanos, desde el juez al jurista, sea teórico o práctico". La seguridad

7. ¿CÓMO DAR CON LO JUSTO?

En el caso de que no exista una única interpretación verdadera, capaz de dar con el *único sentido autentico* de un enunciado normativo, y si cada texto es susceptible de numerosas posibilidades interpretativas, ¿como podrá el interprete orientarse en el abanico de las (posibles y numerosas) interpretaciones? O, dicho de manera más radical, ¿podrá realmente encontrar una orientación?

Si consideramos esta pregunta en todo su radicalismo, nos damos cuenta de que la hermenéutica se enfrenta a un reto vital, cuya importancia es imposible infravalorar. Se enfrenta con la posibilidad de rendirse al *no sentido*: la posibilidad de que la actividad del jurista sea vaciada de toda objetividad y sea debilitada hasta el punto de convertirse en un *juego*, dotado de la consistencia y de la significación propia de los juegos. En otras palabras, se enfrenta al nihilismo.

La palabra 'nihilismo' es moderna, pero su idea es antigua y su presencia (como posibilidad, o como tentación) ha acompañado siempre al pensamiento occidental. Aunque fuese desde su tradicional rigidez, los juristas siempre han notado esta presencia (aunque quizás de manera confusa) y han intentado reaccionar (la mayoría de las veces alejando el problema). Quien no lo alejó

del derecho es una cuestión político-social antes que jurídica; antes tiene que ver con la alta heterogeneidad de la compleja sociedad (donde el carácter permisivo de la política ha alcanzado niveles inaceptables) que con la interpretación de las normas. Dicho con otras palabras, no se sana la incertidumbre del derecho negando el carácter hermenéutico de la actividad jurisprudencial, sino defendiendo de cara a la política la especificidad de lo jurídico (o, si se prefiere utilizar el lenguaje de la sociología, se habla de la *autonomía funcional* del derecho). A propósito del tema de la seguridad del derecho, sigue siendo una referencia importante el trabajo de M. CORSALE, *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, Milano 1979. Cf. también A. E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, Barcelona 1991.

—quizás porque no era un jurista— fue Martín Lutero; su única respuesta fue una aceptación *trágica* del problema y, a la vez, la admisión de la imposibilidad de resolverlo. Vamos a leer un texto, extraído de sus *conversaciones*:

"La del jurista es ciencia del continuo y del divisible y se presenta en el medio divisible, o sea en el medio físico, y no en el medio indivisible, o sea en el medio matemático. Por ello es incierta y puede resistirse muy poco contra Satanás, cuando él nos tormenta la conciencia por una sentencia injusta, ni podría resistirse tampoco con todos los Bartolis y los Baldis. Los juristas sin embargo tienen, como único medio para defenderse, la 'equidad', aquello que nosotros podríamos llamar remisión de los pecados. Como conocimiento del continuo y del divisible, la ciencia de los juristas no es sólida, y por eso se generan tantas excepciones, y cada una a su vez genera más, y así hasta el infinito. Tienen que cavar en el fondo de una mina y decirle después a Dios: 'Querido Dios, no tengas esto en cuenta, no podemos hacerlo mejor; si está mal, perdónanos'. Y eso porque dar con lo que es justo, o sea el punto matemático, es imposible"²².

Dar con lo justo, o sea el punto matemático, es imposible: basta con sustraerle a esta afirmación la fuerte referencia a la fe propia de Lutero para tener entre las manos una declaración esencialmente nihilista. Todavía el jurista no tiene razones para crearse una imagen dura y exasperada del nihilismo: puede conformarse con aquella forma de nihilismo templado y burgués que es el relativismo. Sin embargo, es de hecho auténtico nihilismo la renuncia intencionada, como la de Kelsen, a tematizar la justicia como principio jurídico²³ y la limitación de la actividad del juez a simple *toma de decisiones*, a raíz de que las

22. M. LUTERO, *Discursi a tavola*, tr. it. Torino 1969, pp. 54-55.

23. Cf., por ejemplo, el ensayo *Che cos'è la giustizia?* tr. it. en KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, Bologna 1970³, p. 393 y sig., y *Le metamorfosi dell'idea di giustizia*, en KELSEN, *L'anima e il diritto. Figure arcaiche della giustizia e concezione scientifica del mondo*, tr. it. Roma, 1989, pp. 93 y sig.

diferentes interpretaciones de una ley tienen el mismo valor teórico²⁴.

Incluso si lo contrario parece plausible, sin embargo el decisionismo es el resultado espúreo de la hermenéutica. La hermenéutica por un lado se empeña en afirmar el carácter múltiple, personal, antidogmático, imposible de objetivar de la interpretación, pero por el otro lado rehuye toda tentación relativista y nihilista. Si todas las interpretaciones tienen el mismo valor, ninguna interpretación tiene propiamente ningún sentido: y esto es justamente opuesto a lo que la hermenéutica postula: la *inagotabilidad del sentido que se ofrece en la interpretación*. Y un sentido inagotable es un sentido que, lejos de no tener valor, tiene un valor *inagotable*.

8. LOS CÁNONES DE LA HERMENÉUTICA

Queda por lo tanto sin respuesta –a pesar de los desconcertados kelsenianos– la cuestión fundamental de cómo el juez

24. Cf. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, tr. it. Torino 1966, p. 384.

Kelsen tiene razón cuando insiste en la ingenuidad de la doctrina tradicional de la interpretación, según la cual "con un conocimiento cualquiera del derecho en vigor, se podría lograr aquella determinación del acto jurídico que la norma superior que debe de ser aplicada todavía no ha formulado" (así expresado, de manera tan precisa, en *Lineamenti della dottrina pura del diritto*, citado p. 123). Tampoco se equivoca cuando llega a la conclusión de que "la determinación de la norma individual en el procedimiento ejecutivo de la ley es una función de la voluntad, en cuanto que por medio de ésta se completa el cuadro de la voluntad general". Se equivoca solo en el punto en que afirma que "no se puede decir nada desde el punto de vista del derecho positivo" (ibidem) acerca de cómo se precisa la voluntad del intérprete. El problema de la interpretación como problema *hermenéutico* se origina justo en este momento, pero Kelsen nunca se dio cuenta de ello. (Acerca de la doctrina kelseniana de la interpretación y de sus diferentes configuraciones, ver M. G. LOSANO, *L'interpretazione, ovvero come descrivere una prescrizione*, en LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano 1981, pp. 92-116.

tenga que atribuir a los enunciados normativos un significado *no arbitrario*. El desafío al pensamiento hermenéutico es básicamente el siguiente: ¿puede el pensamiento hermenéutico mostrarnos criterios *intrínsecos* para apartar el saber jurídico de la tentación (y del riesgo) del no-sentido? La respuesta es afirmativa: el hermeneuta puede indicar con claridad tales criterios. No tiene que caer en el simple error –o en la ilusión– de considerar esos criterios *objetivables* o definitivamente *conclusivos* –como si la hermenéutica utilizara no *criterios* sino *cánones* o *reglas*. Los criterios a los cuales la hermenéutica puede recurrir han de ser entendidos, a su vez, *hermenéuticamente*.

Veamos, brevemente, algunos de ellos.

8.1. El primer criterio conlleva el tomarse en serio la conocida teoría de Heidegger del *circulo hermenéutico*, de acuerdo al nunca suficientemente meditado reclamo de Gadamer : "Lo esencial de la reflexión hermenéutica de Heidegger no está en la demostración de que nos enfrentamos con un círculo, sino en la reiteración de que este círculo tiene un significado ontológico positivo"²⁵. Esto se puede enunciar utilizando una apretada expresión de Italo Mancini: "*el arranque hermenéutico es conectado no a la protología del pensar, sino a la deuteronomidad del reconocer*"²⁶. No se da hermenéutica autentica si no se admite que el dato precede al pensamiento y que ha de ser *respetado*, o sea *reconocido* en su especificidad. Para el jurista-intérprete (sea este juez o teórico del derecho) el dato mencionado no se identifica solo con el derecho positivo considerado en su materialidad de sistema normativo, sino además y sobre todo con las expectativas de justicia presentes en la historia y en la sociedad humana. (Tales expectativas entran necesariamente en el círculo hermenéutico y constituyen, a su manera, derecho *posi-*

25. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 313.

26. *La filosofia del diritto come ermeneutica*, "Hermenéutica", 1, 1981, ahora en MANCINI, *Diritto e società. Studi e testi*, Urbino 1993, p. 31.

tivo). Con respeto a estas expectativas es sobre todo el jurista-intérprete-juez quien *está en deuda* (es él quien tiene que administrar la justicia) y dicha deuda representa un criterio eficaz para individuar el significado óptimo de la norma. Es en este sentido en el que debemos apropiarnos del criterio del *horizonte de espera*, "no subjetivo, sino general", que se crea alrededor del juez, y sobre el cual Josef Esser escribió paginas memorables²⁷.

8.2. El segundo criterio hace referencia al tema de la *aplicación*. Contrariamente al deseo del historiador, el jurista-intérprete no solo quiere *conocer* la realidad, sino *modificarla*. Y la realidad no se modifica con actos arbitrarios de voluntad: a la realidad se le manda –como decía refiriéndose a la naturaleza Francis Bacon– en primer lugar *obedeciéndole*, o sea intentando comprender sus exigencias y las posibles direcciones de su desarrollo²⁸. Y aquí vuelve a aparecer el principio del círculo hermenéutico, demostrando toda su riqueza. Le tocará al juez darle al enunciado del legislador aquella interpretación que mejor que cualquier otra responde a la realidad y tendrá la fuerza suficiente para ordenarla, para pacificarla, para *salvarla*. Esta es la interpretación que tenemos que dar a la profunda corrección que Hegel hizo al principio de Broccardo *Fiat justitia, pereat mundus. Fiat justitia, ne pereat mundus*²⁹. Y de manera análoga

27. Cf. J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, tr. it. 1983, p. 136; cf. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano 1984.

28. En este sentido es fácil entender la tradicional conexión entre *interpretación y evolución* del derecho, sobre la cual el pensamiento jurídico ha reflexionado siempre. A este propósito, véanse las paginas póstumas de G. TARELLO, *Interpretazione ed evoluzione del diritto*, en *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Bologna 1989, pp. 321-330.

29. Tan eficazmente resumía el pensamiento de Hegel R. MARIANO, en una nota del célebre texto que él mismo tradujo de Rudolf JHERING, *La lotta per il diritto*. (Cf. la tercera edición, corregida por P. PIOVANI, Bari, 1950, p. 113). El texto hegeliano en realidad suena así: "Das Wohl ist nicht ein Gutes ohne das Recht. Ebenso ist das Recht nicht das Gute ohne das Wohl (*fiat*

ha de entenderse el *hadith* atribuido al profeta Mahoma: "Puedes dar una ley injusta y un juez justo, pero no puedes dar una ley justa y un juez injusto³⁰".

8.3 El tercer criterio es casi un resumen de los anteriores y se refiere al tema central de la hermenéutica: *la fidelidad*. El jurista no se encuentra muy cómodo con una palabra de este tipo: le parece demasiado patético. Además es un termino difícil de manipular por su parte: ¿a quién debería serle fiel el jurista? Al legislador? Sin embargo eso apuntaría a una impropia sumisión *política* de los juristas hacia los que detentan el poder (algo que, por contra, no desagrada a algunos). ¿O quizás deberían ser *fieles a la ley*? Pero como sería posible ser fieles a unos principios abstractos, que además se convierten en concretos gracias a la actividad interpretativa de los juristas? La fidelidad a la que nos referimos es en primer lugar una fidelidad radical y exigente, una fidelidad al ser: esta es la enseñanza profunda de la hermenéutica. Al interpretar, lo que recibimos es más de lo que podemos dar. La actividad de comprender presupone no solo la posibilidad, sino la *disponibilidad* por parte del ser a *ser comprendido*: en este sentido –según la profunda intuición de Heidegger– el pensamiento tiene siempre una inagotable deuda de gratitud con el ser: *Denken ist danken*, pensar es dar las gracias³¹.

9. Fidelidad al ser, para el jurista, no es en primer lugar ni fidelidad a la ley, ni al legislador, sino al derecho. La actividad

justitiasoll nicht pereat mundus zur Folge haben)" o sea: "El bienestar no es un bien, sin el *derecho*. De igual manera el derecho no es el bien sin el bienestar (*fiat justitia* no debería tener como consecuencia *pereat mundus*)" (*Lineamenti di filosofia del diritto*, § 130, tr. it. de G. MARINI, Roma-Bari 1987, p. 111).

30. El *hadith* es citado por L. ROSEN, *Concezioni islamiche della giustizia*, en *L'altra metà della luna. Capire l'Islam contemporaneo*, editado por L. Cabria Ajmar y M. Calloni, Genova, Marietti, 1993, p. 75.

31. Cf. M. HEIDEGGER, *Che cosa significa pensare?* tr. it. vol. II, Milano 1978, pp. 27 y ss.



del jurista-intérprete es propiamente hermenéutica dentro de los límites donde él presuponga la prioridad del derecho sobre la ley positiva. Sin embargo el derecho que precede a la ley no es formulado positivamente: es *agraphos nomos*, es un derecho no escrito. Cuidado, no escrito, no *por accidente*, sino *por principio*.³² Se trata del *derecho natural*: no aquello que ha sido codificado por el iusnaturalismo moderno, sino aquel pensado por la tradición clásica que nos parece hoy accesible solo por vía hermenéutica, solo por medio de la *creación de normas* por parte de sus intérpretes. Por consiguiente, se trata de un derecho que antes de ser observado, pide ser expresado; que antes que obediencia, exige fidelidad, porque su expresión no puede ser engañosa ni mistificadora. Una fidelidad que es una sola cosa con el testimonio (y que puede llegar hasta el martirio) y que confirma una de las enseñanzas más profundas de Heidegger acerca del carácter *antipredicativo* de la verdad, que antes de ser análisis y razonamiento es descubrimiento, es *manifestación*³³. Implícitamente los jurista siempre se han dado cuenta de ello: cada vez, al menos, que han identificado con el *Kampf um's Recht*, en la *lucha por el derecho* la única raíz posible de la dignidad de su saber y de su actuar³⁴.

32. MATHIEU, *Luci e ombre del giusnaturalismo*, Torino, 1989, pp. 39 e ss.; cf. también el capítulo sobre filosofía natural en mi *Filosofía del diritto*, Torino, 1993, pp. 71 y ss.

33. A propósito de este modo de entender el derecho natural, me permito remitirles a la voz *diritto naturale* en *Dizionario delle idee politiche*, editado por E. BERTI y G. CAMPANINI, Roma 1993, pp. 219-225.

34. Cf. V. MATHIEU, *La lotta per il diritto: Jhering e Piovani*, en MATHIEU, *Luci e ombre del giusnaturalismo*, cit., p. 51 y ss.