



LA HERMENÉUTICA JURÍDICA EN LA PERSPECTIVA DE LA RAZÓN PRÁCTICA

Antonio Osuna Fernández-Largo

La teoría hermenéutica no es fruto de polémicas doctrinales ni, al menos hasta ahora, las ha generado. Pero, si queremos describirla en el panorama actual del pensamiento jurídico, parece presentarse como un mediador equidistante entre dos posturas polémicas de la interpretación jurídica.

La interpretación jurídica en la ciencia actual ha andado errante entre dos polos, sin encontrar puesto seguro. Estos dos polos son la interpretación formal y textual de las leyes, para lo que recurre a un abigarrado instrumental lingüístico, conceptual y sistematizador, proporcionado por el auge de las ciencias del lenguaje y, por otra parte, un voluntarismo social y político, en el que los hechos mandaban y se contaba sólo con las leyes como material dúctil y maleable al servicio de una opción de transformar la realidad. Mientras una postura se encerraba en las disposiciones legales y en ella construía el nido de su ciencia minuciosa, conceptualista y sutil, la otra postura se situaba extramuros de la legalidad, contra la que dirigía la contundencia de los hechos sociales y las reivindicaciones de la sociedad civil.

De este modo, lo que había empezado siendo una diferencia de metodologías para comprender las leyes, se acabó convirtiendo en posturas antagónicas, casi siempre ideologizadas, sobre la

teoría legislativa, la interpretativa y la aplicación del derecho. Dos ciencias de la interpretación, en suma, contrapuestas.

La interpretación formalista

Una primera concepción del mundo jurídico está construida desde el supuesto de que la legislación es un sistema autónomo y autosuficiente para cumplir su cometido de ordenar la sociedad. La interpretación no debe buscar nada fuera de los enunciados propiamente jurídicos para obtener su eficacia. El principio de plenitud del ordenamiento y la autointegración de lagunas eran postulados indiscutibles. Lo que sonara a mediatización de las realidades sociales, de los objetivos políticos o de responsabilidades éticas, era un cuerpo distorsionante en su esquema pretendidamente objetivo. Al igual que en otro tiempo se rechazaron los principios idealistas o iusnaturalistas como incompatibles con una ciencia positiva, ahora se relegan la confrontación social y ética como incompatibles con una interpretación objetiva.

Una interpretación circunscrita a la letra del texto legal es una interpretación que admite la soberanía de la ley y que nunca condiciona el valor de la ley a su posible interpretación, ya que ésta nunca estará a la misma altura. Es el "fetichismo de la ley codificada", que decía Geny. La interpretación será siempre una labor subsidiaria y no podrá alterar lo que está por encima de ella. Por lo tanto, esta metodología presupone una postura acerca de la misma naturaleza del derecho, según la cual el derecho puede ser eficaz o no, pero es inalterable y ni el intérprete ni el aplicador son sujetos generadores de derecho. Según las escuelas formalistas, la interpretación es más "reproducir derecho", como dice N. Bobbio¹, que producir derecho.

1. *El positivismo jurídico* (Madrid 1993) p. 216.



La actividad interpretadora no puede acrecentar en nada el alcance del texto, pues no es productiva de derecho. Estamos, pues, ante una concepción de la tarea del jurista y del juez que cercena enormemente las posibilidades del orden legal como orden práctico y puesto en manos de una sociedad para obtener los fines sociales. Si el derecho pretende organizar la vida social y hacerla funcionar en un orden justo –propuesta aceptable por el positivismo formalista y por cualquier otra doctrina jurídica–, no es fácil comprender que esta función la pueda cumplir desde la rigidez y la inmutabilidad que le atribuye la doctrina de la soberanía del texto legal. Y la labor interpretativa, en ese supuesto, no puede ir más allá de desvelar en el texto cosas oscuras o no transparentes de la voluntad del legislador.

Así se comprueba que el positivismo formalista no es mera técnica, ni mera metodología rigurosa, sino que se fundamenta en una postura doctrinal, que se ha denominado, con acierto o sin él, como dogmática jurídica e interpretación reproductiva del derecho. Una ciencia así delineada, se propone construir conceptos perfilados y suficientemente generalizados como para servir en cualquier caso (Jurisprudencia de conceptos). Y esta tendencia academicista se erigió en abanderada de una ciencia jurídica que desautorizaba toda la filosofía idealista del derecho y que tuvo el honor de haber sido la mentora del *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán.

Al servicio de este objetivo se ha instrumentado una variedad grande de técnicas, de métodos semánticos y sistemáticos, de coherencia interna de textos, de recursos a los hitos históricos del proceso legislativo, de comprobaciones de la voluntad del legislador, aparte de otros métodos extratextuales, como son la interpretación integradora y los de analogía. Es innegable que todo ello ha producido una ciencia con pleno derecho a ocupar un puesto en el reino de las ciencias y que en nada desdice de los modelos de las ciencias constructivistas y dogmáticas.

Una ley que pretende estar libre de interpretaciones ampliadoras o aplicaciones creadoras ha de sobresalir por su rigurosa conceptualización y su carencia de ambigüedades y fisuras posibles en su aplicación. Por eso, la contribución de la interpretación a tal ley ha de tener como punto de mira el dotarla de unos conceptos fijos y de un sentido unívoco; en ningún caso ha de desarrollarla. Tal interpretación se configura como un comentario doctrinal de índole dogmática pero nunca buscará dar sentido y actualidad a un precepto antiguo. Las nuevas interpretaciones están más bien en la órbita del trabajo conceptualista y lingüístico, del que tan sarcásticamente se burló Jhering.

Esta concepción de la interpretación se presentó amparada en una concepción de la ciencia jurídica. Puchta presentó esta concepción nueva de la ciencia jurídica como una pirámide de conceptos o "relación sistemática de proposiciones recíprocamente condicionadas y derivadas unas de otras"². La interpretación era científica, en tanto en cuanto mostraba el orden lógico de los conceptos y sus conexiones racionales, hasta el punto de que toda interpretación pudiera incorporarse al conjunto sin distorsionarlo.

La justificación de las normas tiene la calidad de ser racional por la perfecta sistematización en que se conjuntan en un ordenamiento, pero nunca en razón de la justicia interna que presentan o por los beneficios sociales que procuran, al menos relativamente a otras posibles y distintas. En este tipo de ciencia jurídica se abandona el recurso a la voluntad omnipresente del legislador, para detenerse en la fuerza imperativa de la misma ley insuflada por el legislador y que se ofrece en un sistema riguroso de proposiciones y conexiones de significado.

2. *Cursus der Institutionen*, v. I, p. 36. (Tomamos la traducción de K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona 1994, p. 41). Como ahí mismo se dice, la misión de esta ciencia jurídica es "seguir la genealogía de las normas particulares hasta la altura de su principio y, asimismo, descender los principios hasta sus últimos vástagos".



Al alejarse progresivamente de cualquier referencia social, moral o política, este modo de ciencia jurídica derivó, como es bien conocido, en un huerdo formalismo, sin capacidad para suscitar el consenso de la sociedad. Y entonces da lo mismo que el criterio hermenéutico se ponga en la voluntad del legislador (positivismo antiguo) que en la pretensión indiscutible de su expresión objetiva (dogmática de conceptos), pues en ambos casos se absolutiza un momento del proceso práctico y se olvidan las necesarias referencias a los comportamientos humanos que se quiere ordenar. Y es que la interpretación jurídica adecuada no es puramente histórica ni puramente conceptualista, sino aquélla que está referida a las acciones y hechos que se trata de regular.

En una palabra, ese tipo de interpretación ganó en objetividad y método con respecto al incontrolado voluntarismo del positivismo clásico, pero fue a costa de mutilar la pretensión práctica del discurso jurídico. De nuevo quedamos atrapados en el mundo positivista, si nos negamos a incluir en la interpretación principios transpositivos o prepositivos. Este tipo de ciencia se estancó en sus propias pretensiones. Su salida sólo estaba abierta por la aceptación de una racionalidad distinta a la de su propia conceptualización.

Podemos, pues, decir que estamos ante una ciencia de la interpretación del derecho de tipo "constructivo y deductivo", como la llama Bobbio. En ella toda la fundamentación del discurso jurídico reside en la conexión y subsunción de proposiciones en un sistema cerrado. Una de las manifestaciones de este tipo de ciencia, la Escuela de la Exégesis, es descrita así por un autor: "todas las soluciones están contenidas originariamente en un conjunto de principios formulados con tanto rigor matemático y tan íntimamente conectadas entre sí, que forman un

auténtico edificio jurídico..., del que es imposible no recordar la solidez de su construcción"³.

La interpretación sociologista

A una teoría conceptualista del derecho se contraponen –aunque no sea siempre posterior en el tiempo– una concepción voluntarista del derecho. Pero ahora tampoco se refiere a la voluntad del legislador, sino a la decisión de quien ha de optar sobre el significado real de una norma. Para ello se desplaza el centro de la interpretación desde los enunciados normativos a la realidad misma de la sociedad o de las posiciones en que se sitúa el juez o el aplicador. Estos sujetos son ahora los verdaderos creadores del derecho. Es, pues, una concepción de la ciencia jurídica en "fase voluntarista", como la llamó Kantorowicz, el corifeo del movimiento del derecho libre.

El tema y el contenido de la ciencia del derecho se desplazan ahora a las normas de decisión, en las que afloran todas las situaciones de la realidad social, único punto de apoyo para una recta interpretación. La interpretación es más una respuesta a los requerimientos de la sociedad que un desentrañar ocultos sentidos de las leyes. Las realidades sociales se anteponen a la voluntad del legislador y al significado desvelado de las leyes. Ahora lo decisivo y el criterio orientador pasa a ser la forma de existencia y de convivencia del derecho por la sociedad entera. De este modo, la Dogmática Jurídica es sustituida –repetimos, como postura doctrinal, no en el tiempo, pues ambas posturas son coetáneas– por la Sociología del Derecho.

3. Cf. J. BONNECASE, *L'école de l'exégèse en droit civile* (Paris 1924), citado en la obra de N. BOBBIO, *El positivismo...*, p. 233. Otro autor, M. PESACOTORE, *La logica del diritto* (Turín 1883) la resume más brevemente: "El razonamiento del derecho es... un proceso lógico que establece un principio y deduce sin más todas sus consecuencias" (l.c., p. 95).



El Movimiento del Derecho Libre fue el abanderado de esta nueva postura y, aunque nunca fue formulado de una manera sistemática, sí abrió el camino a la sociología jurídica y al realismo jurídico⁴. La Dogmática jurídica quedó ahora desprestigiada por su falta de crítica social y su autoritarismo. Para E. Ehrlich el núcleo científico del derecho se halla en la misma sociedad, en sus "vivencias jurídicas", y menos en los razonamientos eruditos de los juristas⁵. Y, con más nitidez y más cercano a nosotros, se ha pronunciado la doctrina del derecho alternativo.

Estas corrientes empezaron alterando las fuentes del derecho, que se desplazaron de las leyes a la jurisprudencia y del ordenamiento a las realidades sociales. Ahora lo determinante y el hilo conductor de la interpretación reside en los intereses sociales o en la voluntad transformadora de la realidad conforme a postulados políticos. El juez tiene como misión ponderar los intereses reales en juego y escuchar el sentir de una sociedad, y no atenerse a lo que estrictamente expresen los conceptos legales. La teoría formalista, al contrario, arrincona al juez y le priva de ser parte activa en la creación del derecho.

I. HACIA UNA INTERPRETACIÓN DIALOGADA Y CONTRASTADA CON LAS LEYES

La teoría hermenéutica ha empezado definiendo que en la interpretación hay dos polos ineludibles: un texto fijado y con

4. La obra de Oscar BÜLOW, *Gesetz und Richteramt* (1885) defiende que sólo la sentencia judicial es generadora de derecho, mientras que la ley es una preparación hipotética e insuficiente. Quizá la obra más significativa de esta línea sea *The definition of Law* (1933) de H. KANTOROWICZ. (Traducción esp.: *La definición del derecho*, Madrid 1964).

5. Cf. *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913). En esta línea hay que recordar a W. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung* (1976), quien ya esboza una nueva perspectiva cuando entiende la interpretación como un rastrear el sentido de la legislación.

autoridad y un sujeto que lo interroga y cuestiona para hacerlo válido en una situación dada. Acepta, pues, como primera condición, la consistencia de un texto legal, que es portador de un presentido y dotado de una racionalidad específicamente legal. Esta teoría no va a su aire ni emprende su labor de espaldas al derecho, por cuya razón algunas de las teorías jurídicas, a que acabamos de referirnos, quedan excluidas. Pero también propugna que la consistencia propia del intérprete es un extremo necesario de la interpretación. Al afirmar la parte activa del intérprete, se condiciona histórica y socialmente toda interpretación jurídica.

La interpretación acontece, pues, en un círculo de referencias, cuestionamientos y diálogos enfrentados entre estos dos extremos.

El entender la labor interpretativa como un diálogo o contraste de opiniones requiere definir previamente los elementos que intervienen en el diálogo. En el caso de la interpretación jurídica, uno de esos extremos es un derecho válido con una línea de significados lingüísticos que busca continuarse y hacerse efectiva. El otro dialogante tiene también una consistencia propia de interpelante desde la novedad de un hecho o de una situación sobre la que hay que proyectar el texto legal. Su planteamiento será siempre novedoso, lo cual no quiere decir que haya de ser divergente del que expresa el texto legal.

Esta teoría evita incidir en una concepción idealista de la interpretación, ya que no procede desde un principio del que se siga necesariamente su solución. La doctrina del "círculo hermenéutico" evita todo reduccionismo a un principio inconcuso, sea material o formal, y más bien lo que hace es remover las posibilidades abiertas e inéditas en todo texto, que está cargado de significados en la misma medida en que está cargado de historia de otras interpretaciones y aplicaciones anteriores (jurisprudencia). Lo único predeterminado no es un principio formal o ideal, sino el lenguaje significante del derecho y su



pretensión de hacerse incesantemente eficaz. La norma jurídica no es, por tanto, mero objeto de aplicación de un principio superior, ni tampoco el intérprete es un sujeto forzado por la racionalidad ilativa del mismo discurso. Aunque a veces se haya tachado de idealista esta teoría, en cuanto determina a priori el resultado del mismo proceso hermenéutico, hay que decir, al contrario, que la interpretación aplicativa, de que aquí se habla, es impredecible, mientras no medie la referencia a una realidad histórica y concreta. Si hay alguna interpretación jurídica que pudiera tacharse de idealista, sería la teoría kelseniana de una pirámide de procedimientos para determinar la validez de una ley particular o de una decisión judicial.

Posiblemente el ejemplo más ilustrativo de lo que propone esta teoría hermenéutica esté en el proceso de aceptación e incorporación del derecho romano en el *ius commune* medieval. El viejo derecho del imperio romano se hizo presente en nuevos pueblos por medio de una prolongada confrontación con las nuevas situaciones de las naciones jóvenes, de las tradiciones de pueblos ajenos al imperio romano y con las nuevas condiciones económicas y políticas. Por eso, la introducción del derecho romano en los nuevos pueblos fue siempre una interpretación planteada desde situaciones y aplicaciones novedosas. La adaptación duró varios siglos y su vigencia estaba apoyada por una utilidad incesantemente renovada.

Interpretación como actividad de la razón práctica

El derecho necesita de una re-creación y re-consideración cada vez que es aplicado a una situación concreta. La labor interpretativa es una labor de revelar sentidos, de contrastar puntos de vista y de enriquecer las leyes. La validez de las leyes significa,

por tanto, un perpetuo enriquecimiento y acrecentamiento de significatividad y no una tiranía de su letra⁶.

La actividad creadora de la interpretación se comprueba desde lo novedoso de la situación en que se mueve el intérprete y lo actual del hecho a que se aplica. La interpretación que propugnaba el positivismo, no tenía otra novedad que la de una nueva expresión de la voluntad del legislador. La teoría hermenéutica, al contrario, es interpretación "ex nunc", ya que lo nuevo es algo que pone el intérprete en razón de su nuevo discurso. La ley, en cambio, es algo del pasado, sin que importe que ese pasado sea remoto o próximo. El referente necesario es el hecho actual, al que se aplica y desde el que se interroga al texto legal.

Podemos, pues, describir la interpretación como un diálogo o encuentro entre una perspectiva del pasado y una realidad del presente. El resultado vendrá a confirmar la validez de la ley, pues validez no significa otra cosa que su capacidad para orientar la nueva acción o resolver el actual conflicto de intereses desde la orientación a que apunta la ley del pasado. La interpretación puede generar una aplicación inédita de la misma ley, que quizá nunca fue contemplada hasta ahora ni jurisdiccional ni doctrinalmente, o a demostrar su incapacidad para asumir la nueva realidad, lo cual desvirtuará su vigencia.

Lo que caracteriza esta teoría hermenéutica no es su condición de cumplir una crítica emancipadora, como pretende Habermas, ni llegar a ofrecer una alternativa política en el uso de las leyes, sino el hacer operativa y funcional una ley quizá pensada para situaciones no coincidentes. De este modo, la acción interpre-

6. Cuando aquí hablamos de la índole creadora de la interpretación, partimos del supuesto de una concepción dinámica del derecho, que siempre está abierto a desarrollo y evolución. Desde esta postura nos referimos ahora a "una interpretación creativa, en que el intérprete colabora con el legislador creando nuevas reglas adaptadas a situaciones nuevas", como dice J. WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (Madrid 1985) p.85.



tativa y la aplicativa se constituyen en piedra de toque de la validez del derecho. Por eso, la teoría hermenéutica, tal como la propuso Gadamer, elevaba a categoría central el momento aplicativo de las leyes y entendía que toda aplicación conllevaba necesariamente una interpretación.

Este mismo punto de vista nos mueve a entender la ciencia jurídica como una ciencia de la razón práctica. Y es que una ciencia práctica no puede construirse de espaldas a la configuración de la acción social de la persona humana, la cual es siempre algo concreto y cumplido en tiempo y lugar determinados. Una ciencia práctica debe ser siempre moldeable y configuradora de acciones humanas. Por eso, la teoría hermenéutica juzga deficiente una concepción de la ciencia jurídica que la asimila por completo a los cánones de la razón teórica, ya sea la histórica o ya sea la lingüística. El "comprender" una ley no se hace sin referirla a unas situaciones de la vida humana y a una praxis de lo social. Como dice K. Engisch: "Desde el aquí y el ahora, nosotros, que somos aquellos a quienes la ley se refiere y quienes tienen que conformar su existencia de acuerdo con ella, tenemos que recoger de la ley lo que desde nuestro punto de vista es más racional, funcional y adecuado"⁷.

En las reglas del derecho hay algo más que un mandato que se debe cumplir o, eventualmente, sancionar una infracción. Ese plus de lo legal consiste en ser un producto de la razón práctica incesantemente renovado, mediante el cual introducimos orden, sentido y justicia en lo social humano. La inteligencia práctica interviene regulando, de forma genérica y tipificada, un sector de la actividad humana para obtener fines sociales, pero interviene también para impulsar acciones y decisiones por las que hace viva la letra muerta de la ley. Cuanto dista la razón práctica de la razón lógica o gramatical, así dista un derecho que se mueve exclusivamente en la órbita de su legalidad del que se centra en

7. *Introducción al pensamiento jurídico* (Madrid 1967) p. 119.

torno a las interpretaciones y aplicaciones del derecho. Por esta razón, una larga línea de pensadores ha asimilado al jurista más a un cultivador del arte de descifrar sentidos ocultos que a la del científico de laboratorio⁸.

La ley siempre tiene algo de descontextualizada, ya que difícilmente podemos imaginar que el contexto legislativo se repita idéntico en tiempos posteriores en que se procederá a su interpretación y aplicación. La ley, una vez promulgada, entra en el *fluir* de la historia y queda sometida a sus avatares y contingencias. Quien posteriormente la use, lo hará pretendiendo que "al interpretarla ahora, tenga en ella una respuesta a las cuestiones de este momento"⁹. Y la ley hablará en este momento a través de la orientación de sentido que posee para exigir determinadas conductas. Si no atendemos a ese sentido dominante de la ley, la interpretación sería mera usurpación o perversión de sentido. Por eso, K. Larenz sostiene que la meta de la interpretación es "la averiguación de lo jurídicamente decisivo hoy, es decir, de un sentido normativo de la ley"¹⁰. La explicitación y desarrollo de ese "sentido interno" es lo que constituye la validez de la norma en este momento. Y la ciencia jurídica tiene como misión, según el mismo autor "hacer visible y mostrar la conexión de sentido inherente al orden jurídico como un todo con sentido"¹¹. Con este objetivo, la ciencia jurídica cuidará de que la legislación esté progresivamente más integrada, y sea

8. V. FROSINI opina que en el conocimiento jurídico hay algo de mágico, religioso e incontrolado, como lo muestra la etimología de "inter-prete", que hace referencia a augures y adivinos que ofrecían conocimientos no asequibles por la autoridad humana. Para este autor, la interpretación jurídica es una operación demiúrgica, que reduce lo mudable y caótico de la vida social a algo ordenado y jerarquizado conforme a leyes. Cf. *La letra y el espíritu de la ley* (Barcelona 1995) p. 82ss.

9. Cf. K. Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho* (Barcelona 1994) p. 314.

10. Cf. *ib.*, p. 315.

11. *Ib.*, p. 479.



menos contradictoria y más adaptada a las nuevas situaciones, es decir, obtener un sistema jurídico más perfecto desde la razón práctica.

Diálogo dirigido desde la ley

El mundo del derecho tiene una exigencia peculiar respecto a otros géneros de interpretación. Y es el prevalente sentido de la ley en toda interpretación. La interpretación jurídica no es un diálogo abierto en todos sus extremos e impredecible en sus salidas, pues nada hay más contrario al orden jurídico que la arbitrariedad e indeterminación. Estas son características del régimen tiránico; nunca del orden legal. Seguridad y certeza son funciones que debe cumplir el derecho y que no pueden ser desvirtuadas en el momento interpretativo. Lo jurídico nos ofrece la posibilidad de saber a qué atenerse y de parte de quién está el derecho.

Existe, pues, un sentido originario e inmediato en toda ley, que viene expresado en sus finalidades más patentes y en la percepción de sus contenidos (*interpretatio in claris*), que está dotado de autoridad y que es camino por el que ha de proceder cualquier interpretación. Bajo este punto de vista, la interpretación es siempre "comprender un texto dotado de autoridad". Pero ello no nos permite imponerlo ni hacerlo prevalecer a cualquier precio en cualquier situación para la que resultara inapropiado (*summum ius summa iniuria*), sino que hay que discutirlo, compararlo y enriquecerlo con nuevas aplicaciones. Así es como los antiguos entendían la equidad, que está por encima de cualquier ley: no basta una ley justa, tiene también que resultar justa su aplicación.

Nos parece que la propuesta de Gadamer sobre la hermenéutica jurídica, a la que hemos dedicado un estudio nuestro¹², se olvida de esta prioridad del sentido de la ley por encima de cualquier interpretación y que debe ser su hilo conductor. Llevado por la idea de diálogo hermenéutico, y queriendo subrayar la igualdad de condiciones del intérprete y del *interpretandum*, no destaca debidamente la prevalencia del sentido del texto. Para él la ley no pone otro requisito a la interpretación que "vincular a todos por igual". Efectivamente, una ley que no sea más que la voluntad incontrolada del poder, no podrá constituirse, por su inestabilidad y arbitrariedad, en punto de referencia de un diálogo constructivo con el intérprete. La interpretación exige que la ley sea "algo no abolible y vinculante"¹³. Pero, fuera de esta exigencia de que sea ley de un Estado de Derecho, no señala ninguna orientación interna o "sentido" de la misma ley que puede predeterminar al intérprete. Resulta, sin embargo, que la teoría hermenéutica se ha elaborado por referencia a campos muy distintos, como el de la estética, la lingüística o la teología. Pero no se suele parar mientes en que hay otros sectores del conocimiento práctico, como es el derecho, en los que el intérprete no tiene las mismas posibilidades que en la interpretación artística, por ejemplo. En el derecho,—y podríamos decir, también en la teología— nos encontramos con un texto dotado de autoridad y con un sentido inmediato que no puede desvirtuarse, si bien será posible recrearlo, ampliarlo o contrastarlo. Cabe, pues, salvar el sentido originario de la leyes, y otorgarle toda la autoridad que merece, sin negar por ello su apertura a aplicaciones muy distintas y a nuevos significados escondidos.

Esta exigencia prevalente del texto legal afecta a todo intérprete, en la medida en que es un sujeto que comprende las leyes

12. Cf. *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer* (Valladolid 1992).

13. Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica* (Salamanca, Sígueme, 1977) p. 401s.



desde una situación concreta. El juez es sólo un ejemplo egregio de la actividad interpretativa y aplicativa. Y el que la función judicial en la edad moderna haya basculado entre el extremo de un juez como mero aplicador mecánico de las leyes y el del juez con autonomía completa respecto a la ley, es una muestra de los dos extremos a evitar en este tema. En cambio, si caracterizamos la interpretación del juez como un creador de derecho porque actualiza y hace práctica una normativa promulgada en un contexto distinto y posiblemente sin prever lo singular de la realidad actual, estaremos delineando una actividad de la razón práctica en la que convienen otros intérpretes, como la acción administrativa o la del ciudadano afectado por las leyes y que razona acerca de sus comportamientos previstos por la ley.

Pero hay que reconocer que la ciencia jurídica no contempla otra interpretación que la judicial. Y lo que suele contemplar en la interpretación judicial no es tanto sus condicionamientos subjetivos y temporales, que son comunes a cualquier intérprete, cuanto la justificación política de la condición del juez de ser creador de derecho. Se pretende reforzar la interpretación judicial dotándola de validez política. Su interpretación valdría en tanto en cuanto estuviese legitimada políticamente. Y como, en la organización política moderna, el poder judicial no emana directamente del pueblo, algunos han pensado que la legitimidad de la interpretación judicial podría sustentarse en que la misma ley incorporara al juez al poder legislativo. De este modo, el juez intérprete se fundiría con el legislador autónomo y soberano y su interpretación estaría legitimada políticamente, por ser formalmente un poder legislador. Pero esta solución nos parece incorrecta, ya que las tales sentencias judiciales, si poseen fuerza de ley, de nuevo tendrán que estar sometidas a los condicionamientos de la razón práctica para aplicarla a nuevos casos y

para interpretarla conforme a situaciones nuevas¹⁴. Y es que la teoría hermenéutica no es una teoría de legitimidad del poder judicial, sino de racionalidad en la comprensión y aplicación de las leyes. Y toda ley necesitará siempre la mediación del intérprete, la cual no puede reducirse a una actividad legislativa.

II. EL INTÉRPRETE TRAS EL SENTIDO DE LA LEY

El sentido de la ley quiere expresar la dirección hacia la que apunta o la intencionalidad marcada en el contenido de lo preceptuado. Y las leyes tienen un primer significado de sentido que es el bien social pretendido o, en términos teóricos, el bien común, según la conocida definición de "*ordinatio...ad bonum commune*". Pero esa dirección no hay que entenderla como mero producto del impulso conferido por el legislador, sino que está encerrada en los contenidos de la norma, al seleccionar determinados comportamientos frente a otros posibles o configurar de un modo determinado una institución frente a otras posibles configuraciones. Son estas cosas concretas las que hacen aflorar el "sentido" de la norma. Por eso, recuperar el sentido de las leyes como tarea hermenéutica equivale a proponer un tipo de razonamiento teleológico y de tipo práctico. Interpretar es deliberar acerca del uso concreto de una norma general que esté

14. Así es como, por ejemplo, presenta la justificación política del juez intérprete L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica* (Madrid 1987), pues, siguiendo unas propuestas de G. Peces-Barba, piensa que las reglas de adjudicación de Hart pueden extenderse también a las decisiones de los tribunales revestidas de autoridad, de modo que el mismo ordenamiento reconociera como normas válidas las producidas por el poder judicial (p.138-139). Ciertamente así quedaría patente la índole creativa de la interpretación judicial, pero es a costa de convertir la función interpretativa en función legislativa (*petitio principii*). Y eso no clarifica nada la naturaleza de la interpretación en el derecho, aunque justificara políticamente la creatividad jurídica del juez.



en la línea del sentido del texto. Por esto, la interpretación jurídica es fruto de la razón práctica deliberativa de medios acerca del fin. Aristóteles ponía todo el discurso aplicativo de la razón práctica en el reino de la prudencia, la cual atiende principalmente a las circunstancias que rodean una situación o que configuran una acción humana. Es un conocimiento que opera por "comprensión" (*gnome*) de lo equitativo en concreto y singular. Y su término era una acción específicamente humana (*praxis*) y no una producción de cosas.¹⁵

La interpretación jurídica no coincide con la interpretación de las normas morales, pues en éstas se atiende primariamente a un fin virtuoso del sujeto, mientras que la del derecho atiende a fines objetivos y sociales. El término de esta aplicación será un comportamiento social necesario o congruente con lo que llamamos el bien social. M. Reale llama a esta interpretación "hermenéutica estructural", en cuanto que integra, en la medida de lo posible, todos los sentidos de la ley¹⁶.

El sentido de la ley es como el "prejuicio" que comporta la ley cuando es puesta en cuestión o interrogada por el intérprete. Pero tal sentido sale a flote mediante el razonamiento práctico que la hace válida para esta nueva situación. Es ahí donde se demuestra su *validez* y no en su expresión formal, ni menos cuando el juez la olvida y actúa sin sentirse ligado a ella. La piedra de toque de las leyes es el hecho concreto para el que la ley tiene que demostrarse idónea y eficaz.

Con frecuencia, la doctrina jurídica ha reducido el momento interpretativo a los problemas de las lagunas, inexactitudes o antinomias de los textos legales, pero ha perdido de vista la tarea más genuinamente interpretativa, que es la crítica y la recreación

15. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, l. VI, c. 11: Bk 1143a.

16. "Interpretar una ley supone comprenderla previamente en la plenitud de sus fines sociales... El primer cuidado del hermeneuta contemporáneo consiste en saber cuál es la finalidad social de la ley en su totalidad". *Introducción al derecho* (Madrid 1977) p. 224.

del derecho desde la situación concreta y desde su capacidad para ordenar acciones en una nueva circunstancia y momento. Es ahí donde se contrasta la validez del derecho y la efectividad de un instrumento de regular la vida social de cada momento. Por eso, la teoría hermenéutica ha hecho hincapié en el momento aplicativo de la ley y en él ha integrado la interpretación, ya que es en la aplicación donde se ponen en parangón las pretensiones de sentido de la ley y las exigencias de lo concreto, lo fáctico o las reclamaciones que, fundándose en lo real y singular, se plantean al derecho. Todas las funciones que se le asignan al derecho se comprueban en este momento final de la aplicación.

El nuevo derecho generado en la interpretación tiene que guardar siempre una cierta homogeneidad con el sentido de la ley y tiene que razonarlo, sea en los motivos de la sentencia judicial o en la responsabilidad que asume el poder administrativo. Hay que mostrar, en efecto, que con la nueva interpretación no se derrumba ni se falsea la ley. Y para esto existen razonamientos de índole jurídica. De igual manera, la corrección de estos razonamientos se suele encomendar a las fuentes secundarias del derecho, o a los principios generales del derecho, o a la equidad, o a la labor integradora de la jurisprudencia. Pero, hablando en términos generales, todo ello se unifica bajo la razón formal de razonamiento práctico acerca de las normas jurídicas.

Índole creadora de la interpretación

El término de la interpretación será un nuevo derecho: la ley interpretada, actualizada o jurisprudencializada. Será una ley con una mayor consistencia y con una eficacia y vigencia más probada y contrastada. Y la actividad creadora de ese plus de validez de la norma es la "fusión de horizontes" entre el sentido de la ley y los condicionantes de la realidad que se pretende ordenar. En razón de ello, la actividad hermenéutica describe el



modo como usan el derecho el juez, el abogado, el funcionario público o el ciudadano corriente. Es una interpretación que, como alguien ha dicho, convierte palabras en hechos. Y no es acertado reducir la aplicación a un paso meramente ejecutivo y marginal al derecho, antes al contrario, es la actividad más característica de lo que es "comprender" el derecho, asimilarlo, experimentarlo.

Desde esta perspectiva de una interpretación que forma parte de la realidad jurídica, es como podemos seguir hablando de la índole creadora de toda interpretación y no como si fuera un privilegio de la interpretación judicial. La interpretación jurídica –al igual que la artística– se vuelve una forma autónoma de conocimiento de la realidad: es el conocimiento de los hechos jurídicos y de las consecuencias prácticas de toda ley. Conocimiento que, sin duda alguna, presupone la legislación, pero la proyecta y desarrolla hasta llegar a decir su palabra en circunstancias en las que antes era muda.

Pero la interpretación representa algo distinto a la creación legislativa, ya que no es un producto mecánico del recurso a metodologías interpretativas, sino que tiene algo de praxis humana y de razón práctica. Emilio Betti llegó a hablar de dos fuentes del conocimiento jurídico: una, la actividad legisladora, que se termina en reglas promulgadas y de validez formal, y, otra, la actividad interpretativa, que se culmina con el conocimiento de hechos sociales y experiencias concretas. Esta concepción trata de acabar con el fetichismo legislativo, que tanto ha sojuzgado la ciencia jurídica, y abre el conocimiento jurídico a infinidad de experiencias, como la judicial, la administrativa, la negocial y la que tiene todo ciudadano de vivir en derecho. El derecho es algo más que una legispericia, pues encierra conocimientos y experiencias habidas en lo cotidiano de nuestra vida social y no sólo en los palacios de justicia. En suma, como dice V. Frosini: "la interpretación es una metodología del conocimiento de la

realidad social, una categoría hermenéutica autónoma"¹⁷. Y es que el jurista contempla toda la realidad social en cuanto susceptible de ser ordenada e interpretada a la luz de normas jurídicas, al ser asumida como supuesto de imputaciones legales. Como el mismo autor dice en otro lugar: "el mundo de la experiencia jurídica viva es un concepto multiforme que no se deja reconducir ni reducir al universo intelectual del formalismo jurídico"¹⁸.

La filosofía jurídica ha expresado estas ideas bajo el rótulo de hacer vigente el espíritu de la ley. El espíritu prevalece sobre la letra, según el dicho paulino, sin que por eso haya que pensar en vivir ajenos a las leyes, ni en buscar solución a los problemas del derecho reclamando un poder judicial libre ante las leyes. Pero reducir el conocimiento jurídico, ni siquiera el científico, a un conocimiento formal y acerca de la sola materia de las leyes, es trastocar todo lo que en el derecho hay de vida bullente.

El sentido de la ley sólo aparece a quien busca su espíritu y a quien, en medio de todas las incertidumbres y razonamientos opinables de la interpretación, se siente acompañado por guías como las finalidades sociales, el propósito de la justicia o el vivir en sociedad con seguridad y previsión de las consecuencias de nuestros actos.

En la razón práctica la verdad no es la explicación rigurosa del significado de un texto, sino el recto uso que hacemos de un texto legal para configurar la actividad social. Volvemos, pues, aquí al célebre tema de la diferencia entre ley y derecho, que nunca identificaron los antiguos. Sto. Tomás, por ejemplo, decía que la ley es "*quaedam regula et mensura actuum...*", pero se cuidó de no identificarla con el derecho. El conocimiento jurídico no se completa en la explicación de las leyes, sino en la comprensión de para qué son las leyes y qué pretendemos hacer con ellas. A la

17. *La letra y el espíritu de la ley*, p. 70.

18. *Ib.*, p. 71.



larga, lo decisivo es el modo como una sociedad se organiza y regula las acciones de los ciudadanos y, en menor grado, la exactitud del lenguaje y lo bien ensamblado del sistema legal por el que se dirige. El conocimiento jurídico tiene que llegar a desentrañar el "sentido" de la ley, si procede como intérprete que comprende las leyes en situaciones siempre nuevas y en una vida social en continuo cambio. Su actividad es, pues, dar validez a las leyes o crear derecho.

Pues bien, la teoría hermenéutica ha resaltado estas ideas, al poner el acento en la historicidad del intérprete y al entender toda la interpretación como un discurso de la razón práctica.

La justicia del hecho concreto

Las exigencias derivadas de la acción social concreta han sido olvidadas con frecuencia por los juristas, muy solícitos en cuidar el prestigio científico de su discurso. Esta es la explicación de que surgiera la doctrina formalista jurídica: la voluntad de buscar un tratamiento riguroso y universalizable del derecho, la cual condición no la tenían los hechos jurídicos ni los comportamientos relativos al derecho, sino sólo los conceptos generales del lenguaje jurídico. Pero la teoría hermenéutica, al resaltar el momento interpretativo y aplicativo del derecho, ha desplazado, en consecuencia, el horizonte del discurso jurídico hacia lo concreto y singular. Para el hermeneuta del derecho el hecho jurídico es el interlocutor necesario en el diálogo interpretativo. El razonamiento interpretativo que se redujera a los términos de la ley, no sería más que un monólogo carente de valor práctico.

La primera característica del hecho jurídico es ser "lo justo concreto". Y es conocido que esto justo en concreto no se identifica sin más con la justicia de las leyes, como lo demuestra la doctrina clásica de la epiqueya, que es el propósito de corregir la aplicación de las leyes que resultara injusta. El pensamiento

jurídico clásico no se olvidó nunca de este extremo que llamamos la acción concreta justa; antes al contrario, el derecho era entendido primariamente como la acción concreta justa (*id quod est iustum*)¹⁹, antes de ser ley. La conocida regla del derecho decía que *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est, regula fiat...*²⁰. Si los antiguos entendían así el derecho, no es extraño que, al proceder a la interpretación jurídica, tengan siempre ante los ojos la acción justa concreta²¹.

La aplicación de las leyes no procede inflexiblemente desde la explicación del texto legal, sino que está siempre condicionada por las peculiaridades e idiosincrasia del comportamiento que se trata de regular, el cual siempre es original y diferente. Las decisiones del intérprete son siempre "decisiones de acuerdo con los tiempos", como dice Engisch²².

La teoría hermenéutica posee un talante de practicidad y operatividad, que a alguno pudiera parecerle reñida con las exigencias de un conocimiento riguroso. Y causa esta impresión porque entiende al intérprete en su condición histórica y los hechos jurídicos con todo lo que tienen de incertidumbre y de opinables. Las antiguas reglas del derecho, sin estar amparadas por una filosofía hermenéutica, incorporaron el sentido de lo

19. Sto. TOMÁS, *Summa Theologiae*, II-II, 57, 1.

20. *Dig.* 50, 17, 1.

21. Es conocido que en nuestros días el filósofo del derecho, M. VILLEY, ha propuesto en muchos trabajos el restaurar y recuperar para el pensamiento jurídico actual la concepción clásica, pero lastimosamente olvidada, de que el derecho no son las reglas sociales de comportamiento, ni menos la pretensión irreal de unos derechos subjetivos de la persona, sino lo justo concreto de las acciones de repartición de bienes entre los miembros de un grupo. Cf. *Seize essais de philosophie du droit* (Paris 1969) p. 15ss; 221ss; y *Compendio de filosofía del derecho*, v. 1 (Pamplona 1979) p. 84ss. Prescindiendo de lo bien fundado de sus argumentos históricos, que ciertamente ha ilustrado con abundancia de referencias, pensamos que aquel concepto clásico y aristotélico de "lo justo" sirve de comprobante de la necesaria referibilidad de la interpretación hacia el hecho jurídico, como aquí proponemos.

22. *Introducción al pensamiento jurídico*, p. 125.

concreto y lo opinable a la interpretación. Por ejemplo, ante la necesidad de pronunciarse "in obscuris", su solución optaba por la verosimilitud: "inspicimus in obscuris quod est verisimilius, vel quod plerumque fieri consuevit"²³. Y algo similar dictaban en el paso de los privilegios generales a los particulares: "in generali concessione non veniunt ea, quae quis non esset verisimiliter in specie concessurus"²⁴. Y también son opciones de índole prudencial y basadas en un sentido común de condescendencia y tolerancia, las normas interpretativas del derecho penal, como "odia restringi et favores convenit ampliari"²⁵ e "in poenis benignior est interpretatio facienda"²⁶.

Es el intérprete quien advierte las especiales condiciones y circunstancias de que está rodeada la acción concreta o la situación comprometida, ya que su actividad está condicionada por esas mismas circunstancias. La teoría hermenéutica habla, en consecuencia, del intérprete y no se restringe a la sentencia judicial, que es también interpretativa, pues la caracterización de cualquier intérprete es siempre su historicidad y su circunstancialidad. El intérprete procede desde la experiencia histórica y social. Para la teoría hermenéutica el intérprete procede siempre "desde un punto de vista interno", según la doctrina de Hart.

Los hechos jurídicos concretos poseen una dimensión histórica y práctica que condiciona el tipo de interpretación jurídica. Pero esos hechos no hablan por sí mismos, sino por su mediador, que traduce sus exigencias de justicia, de oportunidad o de utilidad para hacerlas valer ante las pretensiones del lenguaje de las leyes. El derecho, en cualquier caso, se expresa en lenguajes propios, pero uno es el lenguaje del legislador, con su contexto temporal y de valores, y otro es el lenguaje del aplicador de esas leyes, quien también está contextualizado en una realidad distinta y con un

23. *Decret.* VI, l.V, t.12, reg. 45.

24. *Ib.* reg. 81.

25. *Ib.* reg. 16.

26. *Ib.* reg. 49.

horizonte diverso al originario del legislador. De la confrontación de ambos contextos surgirá una interpretación-aplicación que conferirá vigor y validez continuada a la ley y enriquecerá su significatividad con una sucesión de interpretaciones "tradicionales". Así, pues, la validez del derecho no es el fruto de la decisión del legislador, sino que es un reverdecer incesantemente el sentido de la ley, al ser sucesivamente contrastada con nuevas realidades y confrontada con nuevas exigencias.