

EL PODER DE LA RAZÓN JURÍDICA

Nota sobre el desarrollo de la hermenéutica jurídica italiana

Isabel Trujillo

RESUMEN. El objetivo de este trabajo es examinar las aportaciones de la hermenéutica (especialmente de sus desarrollos en Italia) en los últimos quince años, para señalar qué puede aportar al jurista y al filósofo del Derecho. Para ello se examinan en primer lugar las principales tesis de la hermenéutica como movimiento filosófico general y después sus aportaciones relevantes para la teoría del Derecho contemporánea.

ABSTRACT. The aim of this paper is to examine the contributions made by hermeneutics in the last fifteen years (especially its development in Italy), in order to show what it can contribute to the jurist and to the legal philosopher. With this in mind, first, the main theses of hermeneutics as a general philosophical movement and then, its relevant contributions to the contemporary theory of law, are examined.

A parece en lengua castellana un libro útil no sólo a quien se acerca con curiosidad a la hermenéutica jurídica, sino también a un más amplio público interesado en los temas del lenguaje, de la definición del derecho y de la interpretación jurídica (Giuseppe Zaccaria, *Razón jurídica e interpretación*, trabajos compilados por Ana Messuti, Thompson-Guitas, Madrid 2004). El libro desarrolla un diálogo ideal con el contextualismo, el deconstruccionismo, las teorías procedimentales del derecho, las funcionalistas, hasta la filosofía analítica. La obra, pues, lejos de excluir quien tuviera dudas sobre la corriente filosófica abrazada por el autor, alcanza también quien haya preferido seguir otros derroteros teóricos, mientras ofrece una base para una discusión entre direcciones de pensamiento distintas. La actitud del autor a este propósito se hace explícita en el capítulo central, dedicado a las diferencias pero también a la posibilidad de colaboración entre la hermenéutica y la filosofía analítica.

En Italia y en España existe ya una discreta literatura sobre la confrontación entre el *approach* hermenéutico y el analítico, ambos importantes y fecundos en el cuadro de la teoría del derecho contemporánea, rivales en la capacidad de dar razón del derecho, y, en particular, del derecho como se configura en los sistemas constitucionales. La perspectiva de la hermenéutica jurídica presenta una concepción en la cual la temática de la interpretación adquiere carácter central y determinante en orden a definir el derecho.

Un importante pilar en la construcción de lo que se puede llamar un *topos* de la literatura científica hispano-italiana es el volumen del 1994 titulado *Ermeneutica y filosofía analítica. Due concezioni del diritto a confronto*, editado por Mario Jori (Giappichelli, Torio), que recoge el fruto del desafío lanzado por algunos autores de inspiración hermenéutica (en particular, Francesco Viola y Giuseppe Zaccaria)¹ a la escuela italiana de Norberto

¹ Más que una corriente de pensamiento, la hermenéutica jurídica italiana podría describirse como un (aún tímido) movimiento de autores. Un año a señalar es el 1999, año en que Francesco Viola y Giuseppe Zaccaria, los dos principales pero no únicos protagonistas de esta breve historia, publican un volumen a dos manos, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, que hoy ha llegado a su cuarta edición y que –significativamente– fue premiado como Libro del Club dei Giuristi del Año 2000. A ese libro le ha seguido otro, *Le ragioni del diritto* (il Mulino, Bologna 2003), que se presenta como un manual de filosofía y teoría hermenéutica del derecho. *Diritto e interpretazione* es un libro en el que los autores dan una definición del derecho desde el punto de vista de la interpretación pero que entra en el análisis de la especificidad de los distintos textos jurídicos y de la interpretación en los respectivos sectores jurídicos: desde el derecho penal al derecho administrativo, pasando por el constitucional. El trabajo de los autores había sido precedido por una gestación bastante larga y desarrollada con independencia y diversidad de itinerarios. Por un lado, Viola había realizado una investigación que lo llevó a la definición del derecho como una práctica social integrada por finalidades immanentes y con procedimientos adecuados a ellas y en la que las interpretaciones

Bobbio y Uberto Scarpelli durante un seminario del año 1990. Colaboraron, desde la perspectiva analítica, Mauro Barberis, Letizia Gianformaggio, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Vittorio Villa. Diez años más tarde, el mismo tema ha constituido el objeto de una mesa redonda en el VI Congreso hispano-italiano de teoría del Derecho, celebrado en Trapani en septiembre del 2000, cuyas actas se publicaron en el 2001 con el título *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, editado por Lucia Triolo (Giappichelli, Torino)². Dicha confrontación, lejos de crear inconmensurabilidades, sigue aún animando seminarios comunes sobre los más variados temas³.

Al lector no anticipadamente identificado con una de las escuelas en liz, sin embargo, esos debates aparecen condicionados por una excesiva alineación de los «evaluadores», que –desde la propia perspectiva– examinan los puntos de contacto o de contraste con la otra, dando tal vez la impresión de tratarse de dos tendencias recíprocamente y totalmente excluyentes.

Por otra parte, la idea de que «la filosofía analítica no es un sistema, ni un cuerpo doctrinal, sino únicamente una forma de encarar la tarea filosófica: el análisis conceptual»⁴, hace que –en línea de principio– ese estilo pueda ser adoptado por muchos sin que por eso se deba excluir la dirección hermenéutica. A menos que se entienda que la hermenéutica es también, en última análisis, no más que un estilo cuya adopción excluye el primero. Ha sido notado más de una vez, caústicamente, cómo, siguiendo la modalidad de sus principales inspiradores, los iusfilósofos hermenéuticos han introducido farragosidad e imprecisión en sus textos, en muchos casos volviéndolos difícilmente comprensibles⁵.

El objetivo de estas páginas no es reconstruir esta polémica una vez más, bastante equilibradamente examinada por José Juan Moreso en el VI

de los participantes confluyen en la creación de lo jurídico (*Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano 1990). Por su parte, Zaccaria había estudiado la relación entre la hermenéutica y la ciencia jurídica a partir de estudios sobre Gadamer y Esser (*Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer y Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, ambos del 1984, Giuffré, Milano), continuando después con estudios recogidos en *L'arte dell'interpretazione* (Cedam, Padova 1990) y *Questioni di interpretazione* (Cedam, Padova 1996).

² Se puede ver también F. Viola, *Filosofía analítica, filosofía ermeneutica e conoscenza del diritto*, in *Ontologia e fenomenologia del giuridico. Studi in onore di Sergio Colla*, Giappichelli, Torino 1995, pp. 301-347.

³ Como el caso del seminario *Significato letterale e interpretazione del diritto*, en el 1999 (publicado en el 2000 por Vito Velluzzi, Giappichelli, Torino), que cuenta con una intervención de Baldassare Pastore como representante de la hermenéutica jurídica.

⁴ J.J. Moreso, *Notas sobre filosofía analítica y hermenéutica*, en L. Triolo (ed.), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, cit. en el texto de la nota, p. 215.

⁵ Vid. R. Guastini, *Tre domande a Francesco Viola*, en M. Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analítica*, cit. en el texto de la nota, pp. 219-240.

congreso hispano-italiano del 2000, sobre todo en relación con la más reciente evolución del pensamiento analítico y ulteriormente desarrollada en el señalado libro de Giuseppe Zaccaria. Más bien se trata de examinar los derroteros de ese movimiento hermenéutico y de valorar sus resultados en los últimos quince años, para poner en realce lo que puede enseñar al jurista, al teórico, al filósofo del derecho y quizás también –¿por qué no?– al filósofo analítico, sin exigir, por lo menos de este último, la renuncia a un estilo filosófico propio. Para eso será importante destacar las dificultades de la corriente en objeto y lo que aún queda sin hacer.

No se puede olvidar tampoco que las críticas al pensamiento hermenéutico no proceden únicamente de la filosofía analítica, sino también del sector que podríamos llamar, en sentido amplio, iusnaturalista⁶, que, como es bien sabido, aparece como «enemigo» de la filosofía analítica⁷. La peculiaridad de la hermenéutica va señalada por lo tanto en estas dos direcciones.

La hermenéutica jurídica presenta dos tipos de problemas: los de orden general, como perspectiva filosófica, y los relacionados con la teoría del derecho y de la interpretación jurídica. La posibilidad de distinguir esos dos niveles hace que la perspectiva hermenéutica en sentido estrictamente jurídico, que asume la centralidad de la interpretación en la definición del derecho, se articule con diversas modulaciones de la perspectivas de fondo⁸.

Orígenes y actividad del movimiento hermenéutico en Italia

Las líneas de penetración de la hermenéutica en Italia son en realidad dos: por un lado, la obra de Emilio Betti; por otro, la recepción del pensamiento y de la obra de Hans Georg Gadamer⁹. Por supuesto, ambos deben ser conectados con las raíces más generales de la hermenéutica contemporánea. Se tenga en cuenta desde ahora que el movimiento hermenéutico en examen se reconoce más en la segunda que en la primera de estas raíces, aunque el pensamiento de Betti no ha perdido de interés.

Como es bien sabido, la dirección hermenéutica de la filosofía contemporánea florece a finales del siglo XIX a partir del problema epistemológico

⁶ Vid. C.I. Massini-Correas, *La teoría referencialista realista dell'interpretazione giuridica*, en "Ars Interpretandi", 8, 2003, pp. 449-476.

⁷ Vid. V. Villa, "Inclusive Legal Positivism" e neogiusnaturalismo. *Lineamenti di una analisi comparativa*, in "Persona y derecho", 43, 2000, pp. 33-97.

⁸ Hasta el tomismo de A. Kaufmann (*Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, C. Heymann, Kóln 1984).

⁹ No se puede olvidar, por otra parte, la feroz polémica entre Betti e Gadamer: vid. L. Mengoni, *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna 1985. Vid. también A. Argiroffi, *Valori, prassi, ermeneutica. Emilio Betti a confronto con Nicolai Hartmann e Hans Georg Gadamer*, Giapichelli, Torio 1994.

del estatuto, finalidad y método de las ciencias del espíritu. Según la famosa contraposición, mientras las ciencias naturales están llamadas a «explicar» las leyes de lo que constituye su objeto (el mundo natural), las ciencias del espíritu están cualificadas por la finalidad del «comprender» en el acercarse a las acciones humanas. La evidencia del distinto objeto y de la distinta finalidad de una y de la otra abren la puerta a un emergente «pluralismo» metodológico, contra el «monismo» metodológico dominante que era –y quizás sigue aún siendo– la principal tentación del movimiento positivista. Sin embargo, desde el principio no se ha aclarado suficientemente si los resultados de los distintos saberes habrían de valorarse en relación a la misma «objetividad» o si, a diferencia de la explicación –que a eso mira–, el comprender se desinteresa de ella. En relación a esta primera bifurcación se distinguen los itinerarios de Betti –que sigue puntando sobre la objetividad también en las ciencias jurídicas– y de Gadamer, más interesado a una experiencia de la verdad, que trasciende lo que se puede controlar epistemológicamente¹⁰, pero que por eso mismo empieza a ser mas «evasivo».

En esa dirección indicada, no casualmente Betti escribe una *Teoría general de la interpretación* (1955), dando inicio a una hermenéutica jurídica sfricto *sensu*. La idea de que la objetividad sigue siendo el fin de las ciencias del comprender y, en particular, de la ciencia jurídica, lo lleva a enfatizar la importancia del método para la interpretación. Cuatro son los cánones que deben presidir cada momento interpretativo al fin de garantizar el comprender como forma metódicamente disciplinada: la autonomía hermenéutica del objeto del interpretar (*sensus non esf inferendus, sed efferendus*), la totalidad del sentido (que pone en relación las partes y el todo), la actualidad del entender (que reconoce la actividad y no la pasividad del intérprete), la correspondencia del significado (que exige al intérprete ponerse en sintonía con el sentido del texto).

Desde el punto de vista de la exigencia de disciplinar de manera rigurosa la actividad interpretativa, no hay duda de que importantes desarrollos largamente reconducibles al *approach* analítico (como por ejemplo los que se ocupan de la rigorización del razonamiento jurídico y las teorías de la argumentación¹¹) no chocarían con la perspectiva bettiana. Algunos de los cánones propuestos y sus presupuestos (la relación sistemática entre las partes del texto, la posición activa del intérprete) son pacíficamente acepta-

¹⁰ Vid. F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoría ermeneutica del diritto*, cit., pp. 197-201.

¹¹ Recuérdese la insistencia de Esser sobre la racionalidad del proceso que desde la pre-comprensión lleva a la decisión, en común con las teorías del razonamiento jurídico (*Vorvest ndnis und Methodenvahl in der Rechtsfindung*, Athen-um, Frankfurt 1970).

dos por los teóricos del razonamiento y de la argumentación, si bien tal vez necesitados de una depuración lingüística. Excepción hecha, por supuesto, del cánón de la «totalidad del sentido», que sin embargo introduce lo que de más peculiarmente hermenéutico tiene el pensamiento de Betti. El «sentido» en juego no es el significado de la proposición lingüística objeto de interpretación (la disposición), sino más bien tiene que ver con la «comprensión» de la «cosa-derecho», uno de los pilares del pensamiento hermenéutico y piedra de escándalo para un filósofo analítico, por débil que lo sea.

Superando el estilo expresivo de la corriente hermenéutica –sobre este punto más bien hermético y necesitado a su vez de interpretación– las dificultades del lector profano son dos: por un lado, la aproximación en sentido holista a un problema que podría resultar pacíficamente «localizado», pues el derecho viene siempre entendido como un «todo» con sentido mientras que lo más intuitivo es pensar a la interpretación de enunciados¹²; por otro, la conocida tesis de que el sentido precede el texto y hasta «lo posee». En la perspectiva hermenéutica no es un texto a tener un sentido, sino un sentido a tener uno o más textos¹³.

Ambas dificultades habrían de enfocarse desde el punto de vista de una diferente concepción del lenguaje en el marco del cual el fenómeno jurídico se coloca: por un lado, el lenguaje entendido como instrumento para introducir orden en la realidad, instrumento que, a su vez, puede ser descompuesto en piezas¹⁴ que se puedan controlar aisladamente; por otro, el lenguaje como actividad en la que cada parte tiene sentido en relación al conjunto¹⁵.

Más llanamente, y con referencia al derecho, la tesis hermenéutica consiste en que el objeto de la interpretación no se identifica con la proposición normativa «atómicamente» considerada (que es lo que un analítico aspira a interpretar), sino más bien con el derecho entendido como práctica social. Mejor dicho: la proposición singularmente considerada a la luz de la práctica social¹⁶. Eso quiere decir –con respecto al derecho– que ningún aspecto de la práctica jurídica puede desligarse de su pertenecer a una actividad estructurada según una finalidad inmanente (la coordinación autoritativa de las acciones sociales) y de su estar ordenada a hacerla posible. Si el derecho no sirve a coordinar las acciones o a guiar el comportamiento de los sujetos,

¹² J.J. Moreso, *Notas sobre filosofía analítica y hermenéutica*, cit., p. 211.

¹³ J. Hruschka, *Das Verstehen von Rechtstexten*, Beck, München 1972.

¹⁴ Como expresa bien el título de la obra de M. Atienza, J. Ruiz, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona 2004 (edición actualizada).

¹⁵ C. Taylor, *Self Interpreting Animals*, en Id., *Human Agency and Language. Philosophical Papers I*, Cambridge University Press, Cambridge 1985, pp. 45-76.

¹⁶ En realidad las dos dimensiones del lenguaje antes recordadas son simultáneamente válidas, por lo menos con respecto al lenguaje ordinario.

hay algo radical que falla, también en relación a la proposición singularmente considerada.

De eso no tiene por qué traerse la conclusión, sin embargo, que la proposición singularmente considerada no pueda estar viciada aún siendo jurídica. Quiere simplemente decir que sería un *nonsense* que el ordenamiento en su conjunto no presentara una bien que mínima pretensión de justicia¹⁷. Respecto al iuspositivismo, la hermenéutica sostiene que el sentido del derecho no es totalmente inmanente al derecho –que es lo mismo que decir que el derecho no coincide con los textos a interpretar– sino que tiene que justificarse de alguna manera en relación a una finalidad a alcanzar.

No se acaba ahí la historia: la perspectiva hermenéutica añade que esa finalidad debe ser identificada a partir de los significados que los utentes atribuyen a la práctica misma¹⁸. En este sentido hay algo –quizás demasiado, pensarán algunos– de «convencional» en la práctica social del derecho¹⁹.

El problema nace de que el «sentido» del derecho no es una cosa objetivable –en el sentido semántico– sino que se «comprende» en el sentido hermenéutico. Pero comprender es, en estos términos y muy sencillamente, participar en prácticas interpretativas intersubjetivas. Como bien testimonia Betti, la comprensión del sentido del derecho no excluye la importancia de la actividad metodológica a la hora de la interpretación.

Alejándose de Heidegger, que toma el «comprender» como el carácter ontológico originario de la vida, es mérito de Gadamer haber protagonizado un movimiento de vuelta de la hermenéutica hacia los problemas epistemológicos y haber recuperado así la conexión entre la hermenéutica contemporánea y el arte (tradicional) de la interpretación, aun manteniendo la referencia fundamental a la comprensión del sentido de la cosa-derecho. Como heredad heideggeriana queda la idea de que la «precomprensión» (el prejuicio en sentido positivo, la anticipación ineliminable con la que el operador se acerca al objeto de conocimiento) no sólo es un concepto metodológico²⁰, sino más bien un concepto analítico-descriptivo. En cierto sentido,

¹⁷ En ese sentido R. Alexy, *Concepto y validez del Derecho* (1992), trad. de J. Malem, Gedisa, Barcelona 2004.

¹⁸ En el contexto de la hermenéutica jurídica italiana, este aspecto ha sido desarrollado por Elena Pariotti, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Giappichelli, Torino 2000.

¹⁹ Sobre este tema es fundamental F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, cit., pp. 12-28.

²⁰ Por eso puede compararse a la idea searliana según la cual «un background de prácticas, instituciones, hechos de la naturaleza, y maneras de hacer cosas son asumidas por los hablantes y oyentes cuando una de estas oraciones es emitida o comprendida», J.R. Searle, *The Background of Meaning*, en J.R. Searle, F. Kiefer, M. Bierwisch (eds.), *Speech Act Theory and Pragmatics*, Reidel, Dordrecht 1981, p. 227 o a la noción de equilibrio reflexivo de J. Rawls,

lo ontológico va por delante de lo epistemológico pues «las condiciones del comprender no se pueden reducir a la única modalidad del método, sino que abrazan también un aspecto de naturaleza existencial, representado por la comprensión originaria y pre-reflexiva que caracteriza el intérprete»²¹.

En realidad, la verdadera diferencia y distancia entre Gadamer y Betti y el real motivo por el que la hermenéutica jurídica ha abandonado la vía bettiana tiene que ver con el horizonte general de sus teorías. Contra los posibles resultados subjetivistas e historicistas de la hermenéutica gadameriana, Betti mantiene una posición ontologista en relación con los valores: el derecho está arraigado en un contexto axiológico objetivista preordinamental, inspirado en la filosofía de los valores de Nicolai Hartmann. A estos valores se reconducen los principios jurídicos, que por lo tanto resultan «externos» al derecho. Esta posición continúa perpetuando una imagen del derecho como técnica, más que como actividad, y resulta poco convincente a la luz de la reconsideración del papel de los principios en los ordenamientos jurídicos constitucionales, donde éstos desarrollan un rol crucial, bien en la genética de las reglas en sentido estricto, bien en la interpretación de éstas. En pocas palabras, los principios dan «sentido» a las reglas (entendidas, en sentido estricto, como preceptos definitivos).

A diferencia de ese marco general, la posición de Gadamer aparece radicalmente condicionada por la importancia de la interpretación en el conocimiento: no hay nada en el mundo de los objetos a interpretar que no sea ya, de alguna manera, resultado de la interpretación. Esta conclusión puede ser tomada en sentido literal –y por lo tanto asimilada a posiciones relativistas o hasta nihilistas– o más bien puede ser relacionada con la idea de que la interpretación es un modo de ser del hombre en el mundo, una característica peculiar de su naturaleza²². La lectura relativista bien pudiera ser condividida por el filósofo analítico de corte escéptico, mientras que la idea en el plano antropológico inspira filósofos del derecho de dirección onto-fenomenológica²³.

A Theory of Justice, Harvard University Press, Cambridge, Mass.1971, § 9. Vid. J.J. Moreso, *Notas sobre filosofía analítica y hermenéutica*, cit.

²¹ F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, cit., p.198.

²² V. Mathieu ha publicado un libro dedicado a ilustrar la naturaleza del hombre como animal hermenéutico, en el sentido que desarrolla una interpretación de la propia naturaleza (*L'uomo animale ermeneutico*, Giappichelli, Torio 2000).

²³ Es el motivo por el que Francesco D'Agostino ha sido considerado por Massini perteneciente a la corriente hermenéutica, lo que en realidad no es correcto (C.I. Massini-Correas, *La teoría referenziale realista dell'interpretazione giuridica*, cit., p. 449n.). D'Agostino acoge la enseñanza del pensamiento hermenéutico clásico en relación a la doctrina de la interpreta-

En una fórmula sintética, el movimiento que aquí interesa sigue proponiéndose el objetivo de Betti, es decir, la cultivación de una hermenéutica genuinamente jurídica²⁴, si bien abandonando el horizonte general de los valores de Betti y a través de las vías indicadas por Gadamer. Para captar mejor sus resultados, se debe colocar la corriente en examen en el cuadro de la teoría del derecho actual y en los problemas y los desafíos con que esa se enfrenta, no sin antes señalar un anillo fundamental en el paso entre la hermenéutica bettiana y la actual.

Después de Betti, en efecto, hay que destacar la obra de Luigi Mengoni (principalmente *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano 1996), un jurista civilista que ha estudiado las implicaciones de la hermenéutica filosófica en relación a la evolución del derecho actual según una actitud al mismo tiempo sensible a las novedades que la perspectiva lleva consigo y a recuperar, revisándolas, categorías tradicionales jurídicas como la dogmática misma, la argumentación, el derecho «vivo».

La hermenéutica en el contexto general de la teoría del derecho contemporánea

El más importante giro de la segunda mitad del siglo XX en el campo de la teoría del derecho está conectado con el conocido *linguistic turn* de la filosofía contemporánea. La idea de que el lenguaje es el objeto de la investigación filosófica (y por lo tanto también de la reflexión sobre el derecho) se debe distinguir, sin embargo, de aquella concepción más antigua que había sostenido la identificación entre derecho y lenguaje, es decir, la de matriz exegética, vinculada con la cultura de la codificación, según la cual el derecho es el conjunto de los enunciados lingüísticos que expresan la voluntad del legislador y la ciencia jurídica un metadiscurso sobre un lenguaje-objeto. La atención al lenguaje en la perspectiva del derecho y la identificación entre derecho y lenguaje en la óptica de la codificación son dos paradigmas radicalmente distintos en la medida en que del lenguaje se consideren el carácter práctico y su estructura discursiva e intersubjetiva. Por esta razón, el *linguistic turn* se ha desarrollado junto a una más general «rehabilitación de la razón práctica». Sin embargo, hay que reconocer que muchos teóricos y buena parte de los juristas, si bien son conscientes de

ción, pero sin que ésta represente un elemento central para la definición del derecho. Vid. F. D'Agostino, *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2000, pp. 157-171.

²⁴ Por ese motivo, el tipo de actividad preferida por la hermenéutica es el debate con juristas de distintos sectores. Ese corte tiene la revista *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica jurídica*, que funciona desde el 1996, en versión italiana y alemana.

estas novedades, en la vida real siguen moviéndose entre las ruinas del precedente modelo, que resiste a desaparecer.

Para la teoría del derecho que considera el derecho como conjunto de prescripciones del legislador, el derecho es una técnica social que sirve al titular del poder para actuar un preciso diseño. Ello es posible gracias a la racionalización (monopolización) de la producción jurídica y a la eliminación de las interferencias por cuenta de otros operadores, a través de una atenta disciplina de la interpretación. Según ésta, el significado normativo de un enunciado legislativo está totalmente preconstituido, contenido, encerrado, en el enunciado mismo (o, si se prefiere, en el texto) y éste es (o debería ser) del todo independiente de la actividad del intérprete. El perfil del lenguaje que interesa al teórico en esta perspectiva es el de la sintaxis lógica, bien en orden a purificar el lenguaje de las escorias que su contingente creación lleva consigo, bien en relación a la corrección de aquellos defectos que en el ordenamiento se deben evitar, bien, sobre todo, en orden a controlar la operación de quién aplica el derecho a través del control de su procedimiento lógico (el silogismo judicial). Mientras el legislador utiliza su poder, cualificado como «político», la jurisprudencia y la ciencia jurídica deberían vivir en el limbo de la obediencia a un derecho totalmente preconstituido, es decir, inertes en cuanto al poder, y en el de la neutralidad valorativa. La lógica aplicada a la razón jurídica sirve precisamente a asegurar ese resultado.

A esta descripción del derecho se suelen oponer –aunque es difícil concebirlas separadamente– aquellas teorías que concentran su atención sobre el «poder» de los hechos, más llanamente, el poder de los jueces. Las corrientes realistas asumen los mismos presupuestos de las corrientes formalistas, pues el derecho sigue siendo un instrumento de poder en las manos de algunos sujetos, esta vez no del legislador sino del juez, es decir, del que decide los casos en su concreción, bien se trate de controversias entre ciudadanos, bien sean conflictos de poderes públicos. Esta última versión nace de la pregunta ¿a qué serviría un derecho válido que no fuera efectivo? En esta óptica, obviamente, también el poder de los jueces es «político», mientras la ciencia jurídica –imaginada como una ciencia social empírica– puede seguir presumiendo de neutralidad valorativa pues se ocupa de estadísticas y de cálculo de probabilidades.

Estas dos alternativas en la teoría de la interpretación admiten también una posición intermedia. Por teoría intermedia o mixta se entiende aquella que distingue casos fáciles o difíciles, textos claros y oscuros: aplicando la teoría cognitiva en los textos claros (*in claris non dt interpretado*) y la

teoría escéptica en los textos oscuros²⁵. Al fin y al cabo, se reconoce que no siempre el legislador impone su poder, sino que a veces es el poder del juez el que debe imponerse, allí donde quedan intersticios imposibles de eliminar en un ordenamiento jurídico.

El *linguistic turn* parece orientar en direcciones bien distintas. Por un lado, el lenguaje se coloca en el entramado de la razón práctica –que a partir de ahora se vuelve un punto crucial también en la teoría del derecho– y la regla jurídica entra a formar parte del razonamiento del sujeto, no pudiendo ser algo del todo externo al sujeto. La regla jurídica entendida como guía de conducta (para quién observa el derecho y para quién lo aplica) entra a formar parte de la deliberación práctica del sujeto que la usa, es decir, del modo de contestar a la pregunta ¿qué debo hacer?, ¿cómo debo actuar en estas circunstancias específicas? Desde el punto de vista teórico, la conexión entre la razón práctica, los enunciados jurídicos y la definición del derecho está bien resumida en la necesidad del punto de vista interno para la definición (y –podría añadirse– comprensión) del derecho²⁶.

Por más vueltas que se dé a la cuestión, la conclusión radical a deducir es que el ciudadano y el juez, así como el abogado y el jurista, no son operadores jurídicos que quedan «externos» al derecho, como quien estudia la matemática, sino que son operadores que «co-producen» derecho. Parece inevitable la constatación que la jurisprudencia y la ciencia jurídica, además del utente del derecho y de su creador por antonomasia –el legislador– están caracterizadas por la creatividad. Si esa creatividad –a la luz de las ruinas del paradigma de la codificación– sigue llamándose «política» y es reconducible a la arbitrariedad, deberá seguir siendo residual. Si es estructural en el derecho, y por lo tanto «jurídica», de ella habrá que tematizar el estatuto.

Pues bien: éste es el punto, centrado por la hermenéutica, que se podría definir como el intento de tematizar la razón jurídica, distinguiéndola del poder político, en orden a dar cuenta de la co-producción del derecho en la interpretación; una co-producción que no es defecto ineliminable sino exigencia irrenunciable.

Por otro lado, no hay duda de que la co-producción del derecho implica también la valoración del derecho, contra la suposición formalista de la neutralidad (lo que ya el pensamiento analítico reconoce de manera inequívoco-

²⁵ Aunque no pertenece al movimiento en examen, otro jurista italiano, Irti, ha insistido sobre la idea –en sintonía perfecta con la hermenéutica– según la cual la claridad es el resultado de la interpretación, más que su presupuesto o el criterio para excluirla. N. Irti, *Testo e contesto*, Cedam, Padova 1996, pp. 63-66.

²⁶ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, second edition with a Postscript ed. by P.A. Bulloch and J. Raz, Clarendon Press, Oxford 1994; J. Raz, *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979.

cabile). Cada enunciado jurídico posee contemporáneamente una dimensión normativa y una dimensión valorativa. La primera coincide con su carácter de guía de la conducta humana de forma autoritativa; la segunda se identifica con la función de la regla como criterio de justificación o de crítica de una acción²⁷. Esa presencia de los juicios de valor emerge también desde el punto de vista del ordenamiento en su conjunto: la regla de reconocimiento es «una regla de mandato que, en su vertiente directiva, supone una razón perentoria en favor del sistema jurídico en su conjunto y que provee, en su vertiente justificativa, el criterio de valoración jurídicamente último»²⁸.

El problema es de qué modo entender la relación entre esas dos dimensiones de la regla jurídica. La manera más fácil de hacerlo es la de continuar separando la dimensión valorativa de la dimensión prescriptiva, pudiendo así recurrir a una fundación «objetivista» del juicio de valor: pero ¿es esta vía satisfactoria?²⁹

La cuestión de la razón práctica

La respuesta a la cuestión apenas formulada constituye, probablemente, el mayor desafío de la teoría del derecho y de la filosofía contemporánea porque implica la revisión de la razón práctica. Este punto es el más delicado de los hasta ahora señalados y probablemente el que decidirá la validez de las distintas perspectivas de estudios sobre el derecho.

Mucho ha llovido sobre la distinción aristotélica entre la razón práctica y la razón teórica, pero nada parece indicar que se pueda definitivamente captar la diversidad entre una y otra. Sobre todo, la posibilidad de trasladar estructuras y características de la razón teórica en la razón práctica continúa acechando al teórico, quizás por la mayor facilidad en entender el funcionamiento y la especificidad de la primera, quizás por la mayor atención que a ella se ha prestado en el curso de la historia. En el fondo, toda la gnoseología moderna y contemporánea se ha movido en esa línea.

Está claro que la razón práctica está ordenada a la acción. Pero ¿qué se puede decir sobre su relación con la acción? ¿Se la puede considerar verdadera o falsa? Y ¿cómo imaginar su proceso? ¿Sigue las reglas de la misma razón teórica? ¿Funciona a través de deducciones?

En la tradición analítico-iuspositivista es difícil encontrar un tratamiento que resuelva los problemas de la razón práctica aplicada al derecho. En este

²⁷ M. Atienza, J. Ruiz, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, cit., pp. 146-160.

²⁸ Ivi, p.198.

²⁹ En última instancia, era esta misma idea la que ha alejado el movimiento hermenéutico de la filosofía de los valores de Betti.

caso, el factor determinante del *impasse* es la concepción humana de la misma, que excluye la posibilidad de explicar la fuerza motivante de la razón práctica al separarla del bien, único muelle capaz de activar la voluntad, atrayéndola, y por lo tanto sin necesidad de una orden que, en cuanto tal, necesita un fundamento³⁰.

La vía del bien como motor de la acción caracteriza la recuperación del pensamiento clásico iusnaturalista. Piénsese por ejemplo en la obra de John Finnis, en la que la razón práctica es un conjunto de bienes o valores fundamentales a perseguir respetando algunas exigencias de razonabilidad³¹. Sin embargo, tampoco esta visión parece resolver los problemas de la razón práctica. Los bienes fundamentales forman una lista que parece más la conclusión de un razonamiento sobre convicciones preconstituidas derivadas de una reflexión teórica sobre la naturaleza humana que el resultado de la inclinación humana, capaz de originales y diversificadísimas preferencias. No es un caso que algunos bienes intuitivamente fundamentales de la persona humana, como por ejemplo la libertad, estén excluidos de esa lista de sabor universalista.

Parece ser que, en cuanto práctica y en cuanto razón, la razón práctica es un acto basado en un juicio o un juicio que da lugar a un acto. A causa de una tendencia al dualismo en la comprensión de la razón práctica, esa unión puede describirse desde dos puntos de vista: por una parte, está íntimamente conectada con el conocimiento de la ley moral –consiste en preguntarse ¿cómo hacer el bien aquí y ahora?– y, por otra parte, prescribe la acción que debe cumplirse a tal fin. Bajo el primer aspecto, hay en el juicio de conciencia una dimensión más especulativa que práctica. En ese sentido, el juicio de la razón práctica es aún abstracto, es decir, separable de la acción concreta, y, en cuanto tal, se presta a una valoración en términos de verdad o de corrección. Bajo el segundo aspecto, el juicio de conciencia no es abstracto, sino que hace conocer el acto a cumplir. Si es bueno, no puedo no quererlo. Si es malo, no puedo quererlo.

Todas las dificultades de la razón práctica se resumen en que cuando se habla de «conocimiento práctico» se hace referencia necesariamente a «todo» el proceso cognoscitivo que se concluye en la acción concreta. Se

³⁰ Una reconstrucción digna de ser recordada es B. Celano, *Dialettica Bella giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino 1994. Una pista podría ser la «gramática» del deseo: L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, trad. inglesa de G.E.M. Anscombe, Basil Blackwell, Oxford 1953, §§ 437-442. Sobre el tema, F. Viola, *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea* (1997), trad. de V. Bellver, Comares, Granada 1998, pp. 141-150.

³¹ J. Finnis, *Ley natural y derechos naturales* (1992), trad. de C. Orrego Sánchez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2000.

pueden separar o individuar segmentos más o menos claros de este proceso, pero siempre de un proceso único se trata.

Carlos Massini, por ejemplo, en polémica con esta conclusión excesivamente «contingente», pero en plena coherencia con la más tradicional lógica hermenéutica de la ideografía o conocimiento del particular, ha examinado el funcionamiento de la razón práctica sosteniendo que el corazón del conocimiento práctico es el juicio deóntico sobre las relaciones entre una conducta determinada y un bien humano fundamental. En ello radica el conocimiento de la ley natural que es característico de la razón práctica en su formulación abstracta, del que se puede predicar la verdad o falsedad. En esta perspectiva, todo el resto sería susceptible de aplicación deductiva, aunque no mecánica porque necesita de ulteriores determinaciones y concretizaciones.

Es, sin embargo, lícito preguntarse si por «conocimiento práctico» no deba entenderse –también en la óptica iusnaturalista– «todo» el proceso que está dirigido a la acción concreta a cumplir, puesto que la misma ley natural, que es de por sí un conjunto de principios y orientaciones, se va desplegando en sus contenidos, en sus reales exigencias y en sus demandas normativas a medida que se acerca a la acción a cumplir³².

Si ahora se traslada la cuestión al campo jurídico, parece poder concluirse –a la luz de una lectura unitaria de la labor de la razón práctica– que no es posible justificar la corrección de la acción sino en relación a las circunstancias concretas: la posibilidad de optar por una teoría objetivista de la moral que haga de marco a las normas jurídicas queda aún atrapada en el modelo de una razón dualista, entre especulativa y práctica³³. De ahí que no parezca posible liberarse de la subsunción, que en última análisis es siempre el modo mejor de controlar el resultado final.

La cuestión en realidad no está resuelta, ni siquiera en el contexto de la teoría hermenéutica: ¿qué significa por ejemplo la afirmación según la cual «el proceso de concretización del derecho no es racionalizable hasta el final»³⁴? Puede significar dos cosas: o que su último resultado no es racionalizable según la razón teórica, pero sería una ingenuidad pues se está hablando de razón práctica, o que el resultado de la razón práctica no

³² F. Viola, M. Urso, *Scienza giuridica e diritto* codificato, Giappichelli, Torino 1989, pp. 9-13.

³³ El mismo pecado de origen se encuentra en quién simplemente coloque en la subjetividad del individuo la sede de la decisión de las preferencias, así como en quién sostiene que es la moralidad social a dictar las reglas morales que el derecho debe incorporar.

³⁴ La afirmación se encuentra en F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoría ermeneutica del diritto*, cit., p. 213.

es algo que depende de la razón, y entonces estamos en la práctica, pero no en la razón.

Una posible pista –señalada por más de un hermenéutico– es la comparación entre el juicio práctico y el juicio estético. Esa vía puede funcionar sólo si se tiene presente no tanto el «juicio estético de valoración» de una obra de arte, sino más bien «el juicio que da lugar a la obra de arte», aquella que se caracteriza porque lleva en sí misma la llave de su logramiento³⁵.

La relación entre el derecho y el caso concreto

Aunque no haya resuelto el problema de la razón práctica, no hay duda de que –en continuidad con esa cuestión– la carta más afortunada de la corriente hermenéutica es el modo de entender la relación entre el derecho y el caso concreto, lo cual presenta importantes implicaciones sobre la manera de concebir la razón jurídica y la creatividad en la co-producción del derecho.

En el paradigma de la identificación entre derecho y lenguaje del legislador, típico de la codificación, inevitablemente el derecho llega al caso concreto gracias a una operación lógica de deducción a partir de la proposición normativa general y abstracta (la ley que disciplina un supuesto de hecho), pero el derecho está ya «todo» presente en la regla general y abstracta.

Para que la deducción sea posible, es necesario un juicio de tipo factual que demuestre cómo las características del acto concreto corresponden a las indicadas en el supuesto de hecho. Para que el derecho llegue al caso concreto es necesario, por lo tanto, la intervención de un sujeto, que no es el productor de la ley (el legislador), y una contextualización del supuesto de hecho, que hace que éste pierda su fuerza clarificadora en abstracto. El proceso desde el derecho «verdadero» (el de la ley general y abstracta) al caso concreto recuerda de alguna forma el desarrollo de las hipóstasis plotinianas, que a contacto con la materia iban perdiendo su fuerza originaria y, en última instancia, corrompiéndose.

La corriente hermenéutica piensa la relación entre el derecho y el caso concreto en la forma de una concretización necesaria que supone el completamiento y, más aún, el «perfeccionamiento» del derecho: no existe el derecho en la vida real sino en los casos concretos³⁶. La predisposición de reglas generales y abstractas sirve «para» el caso concreto, como demuestra indirectamente el fenómeno del desuso, a través del cual la regla jurídica

³⁵ L. Pareyson, *Estetica. Teoría Bella formativá*, Bompiani, Milano 2000, p. 97. Ha aplicado esta idea al juicio jurídico y. Mathieu, *Regola implicita e giudizio riflettente kantiano*, en Id., *Lucí ed ombre del giusnaturalismo*, Giappichelli, Torio 1989, pp. 67-77.

³⁶ F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, cit., pp. 21-22.

no aplicada pierde juridicidad. La pirámide se invierte: la regla general y abstracta está al servicio de la aplicación y ordenada a ella y el derecho llega a su completamiento en esa concreción. Sólo en esta perspectiva se pone en evidencia el papel de quién usa el derecho, que es el único capaz de «actuar» o «realizar» el derecho (pues el término «aplicar» aparece en esta dimensión inadecuado). Ese sujeto puede ser el juez, pero también quien observa o no observa la regla jurídica. Quizás la corriente hermenéutica ha insistido demasiado sobre el papel del juez, lo que le ha valido el acercamiento a la escuela escéptica. Lo que sí es seguro es que la idea de que hay varios autores –por lo menos dos, el legislador y el juez– que cooperan en la creación del derecho implica la tematización de la creatividad y de la libertad del intérprete.

En cierto sentido, la respuesta al problema de la libertad del intérprete –que tanta perplejidad suscita– se encuentra en la diferencia entre el principio de la narratividad literaria³⁷ y de la narratividad «técnica» o institucional del derecho. Esta última está radicalmente caracterizada por el papel público que ejercitan los jueces, por la fuerza con que se impone una solución y por la referencia a un sistema de reglas. No hay duda de que la creatividad presenta distintos niveles; desde la individualización preliminar de la norma (que pudiera servir, si se quiere, como premisa normativa de un silogismo), a la selección del significado interpretativo en sentido propio, a la aplicación a las circunstancias de hecho. El reconocimiento de la creatividad del intérprete va, de todas maneras, enfocado como lo que es, es decir, actividad fundada sobre normas y derivante de ellas y que se propone conectar la norma y el caso concreto. En ese sentido, la creatividad judicial es complementaria a la creatividad del legislador y no su verificación (como en el caso del realismo), ni su sustituto (como sugiere un cierto cognitivismo).

En resumen, la especificidad de las teorías hermenéuticas del derecho está en mirar hacia «la relación concreta de la norma jurídica con el segmento de realidad regulado por su ámbito de aplicación. Esa completa relación entre hechos naturales y hechos jurídicos constituye el elemento central de una teoría del derecho que, al subrayar la acción y la reacción recíprocas entre formas jurídicas y formas sociales, está en condiciones de indicar también al método jurídico sus límites, las condiciones generales del comprender que lo producen, los confines de su espacio de creatividad, y con ello su efectiva conexión con la praxis»³⁸.

³⁷ A diferencia de la tesis de Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously*, Duckworth, London 1977).

³⁸ Zaccaria, *Razón jurídica e interpretación*, cit., p. 28.

El derecho no es una entidad, sino más bien una práctica caracterizada por el dinamismo, la potencialidad, la referencia estructural al caso concreto. En ese sentido, comprender significa tomar parte en la práctica interpretativa, que no existe independientemente de esa participación. La participación llama en causa la razón práctica, las razones para la acción, razones que atraviesan todas las dimensiones de la práctica jurídica, hasta llegar a la dimensión de la aplicación.

El objetivo de la hermenéutica jurídica consiste precisamente en reconstruir el procedimiento a través del cual el intérprete llega a la decisión, para fundamentar racionalmente «el ámbito práctico de la decisión justa»³⁹.

³⁹ Ivi, p. 27.



DOXA 27 (2004)
