

Elementos fundamentales de la hermenéutica jurídica*

Juan Pablo Posada Garcés*[□]

Resumen. El artículo está orientado a compendiar, con relativa brevedad, los aportes que las teorías hermenéuticas contemporáneas pueden realizar a la teoría y práctica de la interpretación jurídica. Para ello, se comienza por repasar los antecedentes históricos de la misma, hasta arribar a su consideración legal en Colombia en la “parte general” del Código Civil. Posteriormente, se entra de lleno a establecer cómo las teorías hermenéuticas de Heidegger, Gadamer y Ricoeur contribuyen a esclarecer la naturaleza de la comprensión y de la interpretación en el derecho.

Palabras clave. traducción, espacio liminal, registro, dialéctica estoica, jurisprudencia, *indagatio*, narración, performativo, *pre-habere*, ciencias del espíritu, *sensus communis*, prudencia.

Abstract. The text that follows is intended to summarize, with relatively briefness, the contributions that contemporary hermeneutic theories can make to the theory and practice of legal interpretation. To do so, we started by reviewing the historical background of itself, in order to get to his legal consideration in Colombia in the << general part >> of the Civil Code. Subsequently, we fully establish how the hermeneutic theories of Heidegger, Gadamer and Ricoeur help to clarify the nature of understanding and interpretation in law.

Keywords. Translation, liminal space, registration, stoic dialectic, jurisprudence, *indagatio*, narrative, performative, *pre-habere*, spirit sciences, *sensus communis*, prudence.

Yo creo que la aplicación de la ley a un caso particular implica un acto interpretativo.

Pero esto significa que aquella aplicación de disposiciones legales que aparece como correcta viene a concretar y precisar el sentido de una ley.

H-G. Gadamer

[□] Este trabajo fue originalmente elaborado en el contexto de la Maestría en Estudios Humanísticos, y más concretamente en el curso de Teorías Hermenéuticas impartido por el profesor Mauricio Vélez U.: Universidad Eafit, 2008-2009.

^{□*} C. Mg. en Estudios Humanísticos y Especialista en Lógica y Filosofía de Eafit. Abogado, U.de.M. Es profesor de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Jurídicas de la I.U.E. Coautor del texto *De la genealogía del saber a la moral del poder (de Nietzsche a Foucault y viceversa...)*. Medellín: L' Vieco e hijas, 2008. Correo: jposadagarcés@hotmail.es

Recibido: Junio 2 de 2010. Aprobado: Junio 19 de 2010

Nuevo Derecho, Vol. 5, Nº 6. Enero-Junio de 2010. pp. 47-63 - ISSN 2011-4540. Envigado - Colombia

Como el título de este trabajo lo sugiere, lo que se busca es dar cuenta de los elementos fundamentales que bien podrían constituir la especificidad propia de la labor hermenéutica en el ámbito de lo jurídico. Sin embargo, es probable que no se haya logrado por completo el objetivo, pero este fracaso no es por tal motivo menos revelador. Al contrario, se debe aprender que, como dice Shöenberg (1974, p. v) en su maravilloso prólogo al libro de *Armonía*, se busca sólo para buscar, consientes del hecho por el cual únicamente el movimiento puede ser la fuente de una verdadera formación. Así, se encuentra que la labor hermenéutico-jurídica repite los mismos problemas y ofrece las mismas rutas de interpretación que cualquier otra área del conocimiento en la que sea menester develar-crear el sentido de un texto, y/o de unos hechos narrados.

Como Wolfgang Iser lo ha mostrado recientemente (2005, p. 29 sts.), la interpretación siempre será una traducción, una forma de transformar algo en otra cosa. Esta transformación, esta diferencia, consiste en un espacio liminal, un espacio que demarca el límite entre el tema a interpretar y el registro que funge como plano o punto de partida de la interpretación. En el espacio liminal del derecho, el tema será la norma jurídica o, bien, el caso concreto, y el registro será el derecho mismo, de tal manera que las rutas de interpretación serán las mismas que en cualquier otra disciplina que haga un tratamiento de la interpretación: sea la autoridad del canon, el círculo hermenéutico, la espiral recursiva o, bien, el diferencial ambulante.¹

Este texto consta de dos partes: en la primera se hace un recorrido por los antecedentes históricos de la hermenéutica jurídica, intentando llenar, sin mayores pretensiones, algunas de las lagunas dejadas en este campo por el trabajo de Mauricio Ferraris (2005). Finalmente, en un aparte fragmentario, aforístico, se intenta hilvanar los elementos que son aporte de algunas teorías hermenéuticas contemporáneas con lo relativo y lo atinente a la hermenéutica jurídica.

1. Antecedentes históricos

¹ Las dos primeras rutas son comunes al derecho y a la interpretación de textos bíblicos y literarios.

1.1 *La interpretación del derecho romano en el periodo clásico*

Si bien el trabajo de Mauricio Ferraris, *Historia de la hermenéutica* (2005), comienza su recorrido histórico desde el periodo helenístico, los primeros antecedentes de una historia de la hermenéutica jurídica es preciso rastrearlos en el derecho romano. Y, dado que como todo occidente así lo ha reconocido, mientras Grecia nos ha legado la filosofía, Roma nos ha legado la juridicidad.

Aun cuando, desde tiempos de Vico, es decir, desde el Renacimiento, exista una acalorada discusión sobre las fuentes helenísticas de la ley romana de las *XII Tablas* (normativa ésta que data de mediados del siglo V a. C.), serán los juristas latinos quienes realizaron mayores aportes y reflexiones acerca de la actividad propia del jurisconsulto en la interpretación y creación de las leyes y de los más importantes conceptos jurídicos. En este sentido, Ferraris es claro en señalar cómo la historia que él propone, en cuanto al desarrollo del problema hermenéutico, privilegia los ámbitos relativos a la interpretación de los textos literarios y a la exégesis de aquellos de carácter religioso; es también claro al señalar el hecho, según el cual, dos elementos fundamentales permiten justificar el papel central que la hermenéutica jurídica ha de jugar en el desarrollo de aquel problema: por un lado, el férreo nexo que existe entre hermenéutica y jurisprudencia; por otro, a su vez, la intersección entre esta última y el Humanismo como antecedente de las ciencias del espíritu en el siglo XIX. El primer nexo sirve para definir al derecho como una actividad práctica; el segundo, por su parte, permitirá a la tradición humanista reconocerse plenamente en el quehacer jurisprudencial (Ferraris, 2005, p. 39).

Ahora bien, en un texto reciente, intitulado *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano* (2000), el jurista chileno Alejandro Guzmán Brito nos permite señalar, allí, un periodo, unos representantes y unas nociones fundamentales a partir de las cuales caracterizar este antiguo antecedente de la hermenéutica jurídica, y nos permitirá señalar, además, tanto el objeto como

la finalidad, las disciplinas y los métodos que concursaron en la tarea hermenéutico-jurídica desplegada en Roma.

Veamos. No obstante, el derecho romano haber pasado por varios periodos (arcaico, clásico, posclásico y justiniano), son los juristas del periodo clásico (130 a. C. – 230 d. C.) quienes más importantes desarrollos lograron impulsar al respecto del tema que nos ocupa, y entre dichos juristas los más destacados fueron Cicerón y el jurisconsulto Ulpiano. En palabras de Guzmán, la Roma clásica no daría aplicación a la doctrina del precedente judicial (doctrina según la cual debe entenderse que un caso concreto ya ha sido juzgado con antelación, y, en consecuencia de dicha doctrina, la labor de interpretación debía limitarse, exclusivamente, a realizar la aplicación analógica de una decisión previa de los jueces)², por lo que el derecho romano, sus grandes conceptos fundamentales³, será obra de los jurisconsultos, pues estos debían dar aplicación y actualizar las leyes, mas no así los fallos de los jueces.⁴ Por otra parte, en el transcurso de este periodo, la legislación romana estaba aún lejos de estructurarse como sistema legal (hecho que sólo se cristaliza en el periodo imperial), de forma tal que la labor interpretativa de los jurisconsultos distaba mucho de ser una ejecución mecánica de normas estatutarias de interpretación, y ésta debe entenderse, en consecuencia, como el resultado de la puesta en práctica de un verdadero arte hermenéutico. Así, en la medida en que el concepto del jurista era emitido previa consulta de la parte interesada, o previa pregunta autoformulada, según el caso, el fundamento del arte jurídico,

² Esta doctrina tiene plena vigencia en nuestros días. En el caso colombiano, existe la institución de la *doctrina legal probable*, o jurisprudencia en sentido técnico legal, es decir, tres decisiones uniformes de las altas cortes sobre un mismo punto de derecho y en el fallo de casos análogos. A partir de 1991, con la aparición de la Corte Constitucional, ésta ha insistido en el carácter vinculante que para los jueces de la República tiene el precedente, haciendo hincapié en que la parte de las sentencias que adquiere aquel carácter debe limitarse a la razón jurídica que motivó la decisión judicial.

³ Sin duda, uno de estos grandes planos conceptuales es la *teoría de las obligaciones*: toda la columna vertebral del derecho privado y con plena actualidad en las relaciones contractuales, de familia, sucesorales y de personas que aún rigen en los países occidentales que acogieron la tradición jurídica romana.

⁴ Quizás, sea importante hacer una nota aclaratoria: el reconocimiento jurídico del precedente judicial sólo ocurriría en Roma en una época relativamente tardía, concretamente en el periodo imperial de Justiniano: por razones de lesa majestad, los emperadores adquirirían funciones judiciales, de modo que sus decisiones eran a la vez actos jurisdiccionales y actos de legislativa potestad. Para decirlo en términos actuales, las decisiones imperiales constituían doctrina legal probable y, por lo tanto, adquirirían carácter vinculante en procesos en los cuales se diera trámite a casos fácticamente análogos.

en su tarea de interpretación y creación de las leyes, estaría sustentado en la dialéctica, y más concretamente en la dialéctica estoica.⁵ En efecto, dirá Cicerón: sin la dialéctica sería imposible distinguir, de cada cosa, el género de la especie; no sería posible, tampoco, explicarlas a la luz de definiciones, dividirlas en sus partes, juzgar cuáles de ellas son verdaderas y cuáles falsas, o distinguir las consecuencias, ver las contradicciones y separar las ambigüedades. En tanto los juristas romanos del periodo clásico entendían la dialéctica como el buen pensar en un discurso breve y dialogado, ésta sería más propicia que la retórica a la labor del jurisconsulto; esta última era definida por ellos como el buen pensar en un discurso unilateral y continuado. En este sentido, entonces, la retórica sería más productiva para la labor de los abogados en las defensas que adelantaban ante los tribunales, pero no era ya idónea para la labor del jurisconsulto, pues en dicha labor, para extrapolar un concepto gadameriano, primaban hermenéuticamente las preguntas normativas que planteaban, tanto el caso concreto, como las normas jurídicas que pretendían regularlo.

El recurso de los jurisconsultos a la dialéctica estoica, el cual traía con sí las operaciones intelectuales de la *divisio*, la *partitio*, la *definitio* y el razonamiento silogístico, permitiría, gracias al proceso de generalización a que conlleva, dar a las palabras de la ley un sentido más amplio que el originario. Así, para ejemplificar, dicho proceso dialéctico propiciaba dar al acto de “romper”,

⁵ Teóricamente es conocido el perfil estoico asumido por el pensamiento romano. En cuanto a la juridicidad, dicho perfil es más idóneo que el pensamiento filosófico de los dogmáticos griegos, ya que este último, en su preocupación por el Ser y por el carácter referencial del lenguaje, tiende a inhibir la potencia performativa de la palabra, potencia ésta que, en su despliegue, permite crear ficciones y abstracciones de tipo legal. Por otra parte, la caracterización de la dialéctica que aplicaban los juristas romanos es fundamental para el norte que guiará el recorrido histórico que aquí realizamos. Así, la lógica, tal y como la comprenden los estoicos, se divide en retórica y dialéctica. En este contexto, tanto el lenguaje como el razonamiento son dos propiedades fundamentales de la lógica, y, por ello, ésta era entendida como la ciencia que ha de ocuparse del discurso natural. En el estoicismo la dialéctica es el campo de estudio de la naturaleza real de las cosas; y reconocían, en el juego de pregunta y respuesta, más que una estrategia pedagógica, un proceder fundamental del acto de filosofar. La dialéctica estoica se ocuparía tanto de las cosas significadas (la frase, la sentencia, en suma, lo que es dicho por el lenguaje) como de las cosas que significan. Para Aristóteles, en cambio, la dialéctica era entendida como la “lógica de lo verosímil” o lógica de lo meramente posible, —a diferencia de la lógica de lo necesario contenida en los *Primeros analíticos*. La diferencia básica entre la dialéctica aristotélica y la dialéctica estoica es, entonces, la siguiente: mientras en la primera se trata de persuadir a un auditorio, utilizando para ello argumentos admisibles, la segunda, como ya lo hemos dicho, constituye un medio del filosofar.

contenido en la *lex Aquilia*, el sentido extensivo de “corromper”, y expandir de este modo la responsabilidad de los destinatarios de la ley a daños que no estaban estipulados en el texto legal original. De allí, que al jurista compitiese hacer una distinción entre los *verba* y la *sententia*⁶, es decir, entre las palabras de la ley y su sentido. Este recurso a la *sententia* propiciaría un proceso de generalización creciente, el cual, a la postre, daría como resultado los grandes sistemas conceptuales del derecho romano.

Un texto de Ulpiano, según el cual la expresión *en virtud de las leyes* debe entenderse por: *en virtud tanto de la sentencia como de las palabras*, sirve para ilustrar el faro de interpretación propio de este periodo. En razón de éste, los juristas romanos aceptaban una cierta secuencia: si bien el texto legal poseería un significado gramaticalmente determinable, no pretendían encontrar las intenciones o la voluntad del legislador. Y, aún cuando fuese posible determinar la significación de las palabras mediante un acto de conocimiento, un acto analíticamente separable tanto de la comprensión del sentido de aquellas como de la pregunta que originó la indagación, éstas siempre significarían lo que el uso cotidiano les atribuía. El lenguaje, en consecuencia, era tomado en su devenir; el lenguaje era vivo y cambiante, razón por la cual la tarea del jurisconsulto cumpliría en ese contexto la misión de actualizar el sentido social de las leyes y de auscultar la *ratio*, la finalidad, haciendo para ello primar siempre la *sententia* sobre los *verba iuris*.

Sin duda, resuenan allí varias de las discusiones que contemporáneamente se han tejido al rededor de la hermenéutica, la función del lenguaje y la interpretación, y en las cuales gravitan en gran medida los problemas epistemológicos de las ciencias humanas en general y de la juridicidad particularmente. Por un lado, pensamos en Habermas, cuando afirma: “la relación práctico-vital de la hermenéutica no se deduce solamente de la

⁶ La acepción romana del término *sententia* dista mucho de ser equivalente a lo que en nuestros días entendemos por sentencia de carácter judicial. Por *sententia*, en ese contexto, debe entenderse lo que Isidoro de Sevilla define como aforismo de carácter impersonal, aforismo que servirá a los jurisconsultos para “traducir” el sentido de una ley; para sentencia judicial, en cambio, el término adecuado sería *chria*, es decir, en el sentido que le otorga De Sevilla, un aforismo impersonal al cual se le añade el nombre de una persona. Por ejemplo: “Aquilés ofendió a Agamenón al decirle la verdad.” Véase (De Sevilla, 1993, p. 375).

estructura del comprender. Las ciencias del espíritu han surgido, también, de categorías del saber profesional que sistematizan el interpretar como una particular capacidad artística” (Ferraris, 2005, p. 29). Pensamos también en el último Wittgenstein (2009) y en Maturana (1996): para el primero, la realidad sería el resultado del uso corriente del lenguaje, y el sentido de éste puede develarse en las formas de vida de quienes lo utilizan en los diferentes juegos del lenguaje; para el segundo, por su parte, las formas del lenguajear se desarrollan en redes de conversaciones y en coordinaciones de coordinaciones de acciones que a la postre sirven para definir una cultura. Resuena también, la teoría de Heidegger (1999), según la cual la interpretación está basada en una manera previa de ver y de entender del intérprete, un *prehabere*; y Gadamer (1998), para quien una pregunta planteada por el intérprete desencadena el proceso de la comprensión, de modo que la determinación del sentido normativo siempre supone una especie de *pre-comprensión* acerca de la necesidad de responder a una pregunta concreta. Por último pensamos en Deleuze (1986), para quien el sentido nunca está solamente en uno de los dos términos de la dualidad que opone a las cosas y las proposiciones, los sustantivos y los verbos, las designaciones y las expresiones..., aun cuando es también la frontera, el filo y la articulación de la diferencia entre ambos términos.

1.2 *El problema hermenéutico, la tradición humanista y la jurisprudencia*

Vamos a tomar al pie de la letra el principio general que establece Ferraris en su *Historia de la hermenéutica*. Según dicho principio, la hermenéutica desempeñaría el papel de la retórica en la “modernidad”, es decir, en el momento histórico en el cual se aviva la conciencia de una distancia temporal que separa, del texto, a los intérpretes (2005, p. 12). De ser esto cierto, en consecuencia, el acto inaugural a partir del cual sería posible relacionar el problema hermenéutico con el derecho, coincidiría con la publicación del *Corpus iuris civilis*, texto cuya redacción se le atribuye al emperador Justiniano

en el año 533 d. C.⁷ A medida que los textos de la tradición jurídica romana eran copiados y registrados por los glosadores, la distancia temporal que separaba a la romanidad tardía de sus fuentes clásicas imponía una explicitación de las reglas hermenéuticas por aplicar. Estas indicaciones hermenéuticas serán glosadas posteriormente, brindando así los lineamientos de una hermenéutica jurídica de carácter “doctrinal” o canónica.

El *Corpus iuris* será estructurado en cuatro grandes libros, a saber: Código (recopilación de las constituciones imperiales), Digesto o Pandectas (fragmentos de los grandes jurisconsultos)⁸, Institutas (compendio para la enseñanza del derecho) y Novelas (constituciones nuevas).

En términos generales, los criterios para la interpretación del *Corpus* pueden ser sintetizados en dos grandes principios: un principio sistemático y jerárquico (por un lado, tomado como ordenamiento vigente, las tres primeras partes de la codificación debían asumirse como un solo cuerpo legal y armonizar así sus contenidos en la interpretación, y, por otro, las Novelas, es decir, la última parte del *Corpus*, en tanto normativa posterior, derogaba cualquier disposición que le fuese contraria o que estuviese contenida en las otras tres partes); y un principio histórico (considerado el *Corpus* como obra antológica y como saber jurídico de la tradición, cada una de las normas que lo integran debía ser interpretada de acuerdo con la *ratio* de la obra original, y de acuerdo con las circunstancias fácticas que dieron lugar a su promulgación).

La distancia temporal, en consecuencia, hacía que para la interpretación del *Corpus* se privilegiase el método histórico-gramatical y éste, a su vez, concursase con la filología (en tanto que disciplina encargada de dar cuenta del devenir semántico y de los cambios operados en la lengua latina).

⁷ El nombre de la codificación, sin embargo, sería la obra bautismal del jurista Dionysius Gothofredus en el año de 1538, y esto con el fin de permitir la distinción entre derecho privado y derecho canónico, sin duda vigente y con gran contundencia en ese momento histórico.

⁸ Este libro reviste para nosotros una significación especial. La labor de generalización propia de la actividad interpretativa, desplegada por los jurisconsultos del periodo clásico romano, y luego de ser ésta recopilada por una comisión de dieciséis notables juristas, dará como resultado un cuerpo legislativo, un *Codice*, cuya estructura y contenido constituye uno de los antecedentes del Código Civil napoleónico, antecedente a su vez del que tradujera Andrés Bello, en 1887, y aun hoy sustancialmente vigente en nuestro país, en Chile y en Venezuela.

La pregunta que surge es la siguiente: se ha dicho que para los juristas romanos del periodo clásico, en tanto el derecho no estaba sistematizado, el modelo de pensamiento que servía de base a la actividad interpretativa era la dialéctica estoica. Al tratarse (el *Corpus iuris*) de un cuerpo legal sistemático, en consecuencia, ¿debían sus intérpretes, necesariamente, abandonar la dialéctica estoica y asumir la retórica como forma de interpretación? Sólo de esta manera, es decir, sólo aceptando que la respuesta es afirmativa, podemos otorgarle la razón a Ferraris en el sentido del reconocimiento que el humanismo tendría de sí en la jurisprudencia, y al mismo tiempo como antecedente de las ciencias del espíritu en el Romanticismo alemán, pues, en palabras propias del autor italiano, la tradición humanista rehabilitaría la retórica y la elocuencia civiles frente a la lógica y la dialéctica de la escolástica tardía.

Si asimilamos derecho y jurisprudencia como actividad de los jueces (la cual consiste esta última en fallar los casos concretos conforme a leyes preestablecidas), la sistematización que el derecho romano alcanza en el *Corpus iuris civilis* impondría inicialmente (en el momento en el cual el juez adecua las normas a un caso concreto) una vía de interpretación cuyos fundamentos radican en la autoridad del canon; posteriormente, es decir, cuando se le es menester motivar su sentencia para una comunidad, la interpretación dejaría de ser un acto hermenéutico de comprensión para devenir un acto retórico.

En este sentido, se hace comprensible que el modelo de la hermenéutica jurídica sea retomado por Gadamer en *Verdad y método*, pues en dicha hermenéutica se tendría la experiencia de una dimensión canónica de los textos y de un alcance dogmático de la tradición. Así, la relación aplicativa del juez, respecto del dictado de la ley, constituiría el modelo general para la conexión práctico-existencial del intérprete en su confrontación con la tradición.

Juzgar lo individual por referencia a un todo sería pues una manera de conocer que abarcaría la totalidad del ámbito de las costumbres y de las conveniencias.

De allí que el paradigma de este modo de conocer sea el derecho, pues la ordenación de la vida, al no depender de determinaciones normativas unívocas, a lo largo y a lo ancho, a través de las reglas del derecho y de la costumbre, será algo incompleto y necesitado siempre de una complementación productiva: la jurisprudencia. Hace falta capacidad de juicio (*prudentia*) para valorar correctamente los casos concretos, y de allí que el papel complementario que conviene a la hermenéutica consista precisamente en esa tarea de operar la concreción del derecho mediante las sentencias de los jueces.⁹

Dejaremos para más adelante plantearnos e intentar responder a la pregunta acerca de si la labor de interpretación del derecho sólo es asunto de los jueces, es decir, si es válido englobar en un mismo concepto derecho y jurisprudencia, habida cuenta de que también los abogados, servidores públicos y destinatarios de la normas se la juegan cotidianamente con la necesidad de realizar interpretaciones normativas.

1.3 *Hermenéuticas jurídicas: entre el humanismo y el racionalismo*

Antes de Vico, incluso, al momento de entretejer su apología de la *scientia civilis* en contra de la *mathesis universalis*, y con miras a reivindicar la tradición humanista frente a las pretensiones universalistas del racionalismo incipiente, las disputas entre los humanistas y los filósofos escolásticos, es decir, las tensiones entre lo concreto (las *Lettere*, partiendo de la Retórica) y lo abstracto (la Filosofía, partiendo de la Dialéctica), estaban en el marco de una situación jurídica muy particular: tanto la tradición retórico humanista (la tradición de la *phronesis*) como la tradición filosófica escolástica (la tradición, se diría, de la *sophía*) habían logrado ambas construir sistemas legales con particularidades hermenéuticas específicas: por un lado el derecho privado, el *Corpus iuris*; por otro el derecho canónico, el martillo de las brujas o *Malleus maleficarum*.¹⁰

⁹ Véase (Gadamer, 1998, p. 67 sts.)

¹⁰ Existía también una larga tradición del derecho germánico, la cual, al decir de Foucault, en *La verdad y las formas jurídicas* (1996, pp. 63-88), privilegiaba la *disputatio* entre las partes que entraban en conflicto. Por esta razón, el derecho germánico carecería de sistematicidad y de

Esta última obra, escrita en 1486 por los monjes dominicos Heinrich Kramer y Jacobus Sprenger, estaba llamada a convertirse en manual obligado y autoridad legislativa del Tribunal de la Inquisición, y su carácter vinculante se expandirá a todos los jueces, magistrados y sacerdotes, tanto católicos como protestantes, en *la lucha contra la brujería*.

El *Martillo de las brujas* describía, prohibía y penalizaba los poderes y prácticas de los brujos en sus relaciones con el demonio, y reglamentaba la tarifa legal probable para el descubrimiento de tales prácticas, asignando para ellas, previa tortura mental y física, las penas de hoguera y expropiación: fue, por tanto, la justificación teórico-filosófica de la Inquisición y su manual criminal, de indagación y de instrucción.

Una cuestión se nos impone por dirimir: siguiendo los estudios históricos, parece plausible que el *Corpus iuris* y su modelo de interpretación sean conservados y loados por la tradición humanista, pero ¿cómo justificar nuestra afirmación según la cual el *Malleus maleficarum* tendría su origen en la filosofía escolástica medieval? Y más complejo aún es pensar la siguiente cuestión: ¿cómo hilvanar esta línea del pensamiento medieval con el racionalismo moderno? Miremos, para la primera pregunta, el lenguaje y los fundamentos filosóficos del *Martillo de brujas*.

El texto canónico del tribunal inquisitivo no observaba el estilo propio de los textos legales; más que prescribir conductas a observar por parte de los destinatarios de la norma, el *Malleus* adoptaba la forma de un tratado *científico* con pretensiones explicativas acerca del fenómeno de la brujería. Este hecho es posible cotejarlo si miramos la argumentación lógica que utiliza el tratado para dar cuenta de la real existencia del Maligno y de las relaciones que los mortales estarían en capacidad de sostener con él. La primera parte, en una forma argumentativa que se reitera a lo largo del tratado, comienza de la siguiente manera:

unidad.

Primera parte. Que trata de los tres concomitantes necesarios de la brujería, cuales son el demonio, un brujo y el permiso de Dios Todopoderoso. Aquí comienza auspiciosamente la primera parte de esta obra. Pregunta. De si la creencia de que seres como las brujas existen es parte tan esencial de la fe católica, que mantener con obstinación la opinión contraria tiene un manifiesto sabor a herejía. [...] Respuesta. Ciertos autores que pretenden basar su opinión en la autoridad de Santo Tomás (IV, 24), [...] intentaron afirmar que no existe la magia. [...] En primer lugar, muchos escritores ortodoxos, en especial Santo Tomás, demostraron que las opiniones contrarias son completamente heréticas, porque las Sagradas Escrituras dicen que los demonios tienen poder sobre los cuerpos (Kramer & Sprenger, *on line*).

Hasta aquí puede observarse el proceder dialéctico del tratado. Es más que dicente que el tratado recurra a la autoridad aristotélica para dar fundamento, desde la *Física* del estagirita, a la existencia ontológica del demonio y de las brujas. Pero, sin lugar a dudas, lo que hace pertenecer este tratado a la tradición escolástica es la *Carta oficial de aprobación del Malleus Maleficarum, de la Facultad de Teología de la honorable Universidad de Colonia*.

En primera instancia se hace saber, con el fárrago típico del estilo forense, cómo el Papa Inocencio Octavo ha dado aprobación al texto. Posteriormente, puede leerse lo que sigue:

[...] Pero como es muy común y en todo sentido razonable que esta buena obra que elaboraron en beneficio común de todos nosotros sea sancionada y confirmada por la aprobación unánime de los Reverendos Doctores de la Universidad... (Kramer & Sprenger, *on line*).

Se puede incluir, entonces, lo siguiente: cuando la hermenéutica jurídica del Humanismo renacentista toma por modelo la tradición del *Corpus iuris*, la tradición de la phronesis clásica, dicha hermenéutica se autocomprende como disciplina esencialmente técnica, destacándose en ella los mecanismos de la *interpretatio correctiva, extensiva, restrictiva y declarativa*, es decir, con Ferraris, se encaminaría a integrar el significado de la ley en concordancia con el caso concreto, a extender o restringir allí su esfera de aplicación, y a

insertarla en el dispositivo de la sentencia. Pero, por otro lado, la tradición dogmática del *Martillo de brujas* privilegiará, a su vez, una tradición de búsqueda, de indagación y no de aplicación, y en la cual la interpretación de la ley se orientaba hacia la comprensión del estado objetivo de la causa, de la *res de qua agitur*: se trataba de averiguar el estado de una causa en la cual fuese posible demostrar la existencia de prácticas y de relaciones con el demonio.

Viene ahora la segunda cuestión: ¿cómo asociar esta línea del pensamiento medieval con el racionalismo moderno? En otras palabras: ¿cómo justificar que esta línea de pensamiento oriente una interpretación jurídica que no se aferre al ámbito filológico-oratorio, sino que se inscriba o pueda inscribirse en un planteamiento matemático-naturalista? Difícil cuestión, pero tenemos un norte en la obra ya citada de Foucault *La verdad y las formas jurídicas* (1996).

Ese norte es la práctica de la *indagatio*. Mientras la línea del derecho proveniente del *Corpus iuris* privilegiaba la *disputatio* judicial y, por tanto, la retórica, tan cara a la tradición humanista, podemos decir, con Foucault:

La indagación no es en absoluto un contenido sino una forma de saber que se sitúa en la conjunción entre un tipo de poder y ciertos contenidos de conocimiento. Las técnicas de indagación [recuérdese que la inquisición estaba empeñada fundamentalmente en establecer *el hecho real* de la brujería], se difundirían en dominios no vinculados directamente al ejercicio del poder eclesial. A partir de los siglos XIV y XV, aparecen tipos de indagación que procuran establecer la verdad, partiendo de testimonios cuidadosamente recogidos en dominios, tales como, la Geografía, la Astronomía, el conocimiento de los climas, etc. (1996, pp. 85-87).

Ahora bien, con el vertiginoso ascenso de la burguesía y sus pretensiones de poder, los teóricos del contrato, los llamados *contractualistas* (Hobbes, Rousseau, Locke y Kant), privilegiarán un modelo de interpretación orientado fundamentalmente por el racionalismo, toda vez que se intentaba dar una justificación racional a la maquinaria estatal que estaba llamada a instalarse con posterioridad a la Revolución Francesa. En ese sentido, son dicientes los

postulados del *Leviathán* de Thomas Hobbes sobre la interpretación de las leyes (1983, pp. 278-279), allí puede leerse:

Conocido el legislador, y suficientemente publicadas las leyes, sea por escrito o por la luz de la naturaleza, todavía necesitan otra circunstancia muy material para que sean obligatorias. Ciertamente, no es en la letra sino en la significación, es decir, en la interpretación auténtica de la ley (que estriba en el sentido del legislador) donde radica la naturaleza de la ley. Por tanto, la interpretación de todas las leyes depende de la autoridad soberana, y los intérpretes no pueden ser sino aquellos que designe el soberano (sólo al cual deben los súbditos obediencia).¹¹ De otro modo, la sagacidad de un intérprete puede hacer que la ley tenga un sentido contrario al del soberano; entonces el intérprete se convierte en legislador. [...] Todas las leyes escritas y no escritas tienen necesidad de interpretación. [...] La interpretación de las leyes de la naturaleza no depende en un estado, de los libros de filosofía moral.

Pero el corte racionalista de las leyes, durante la Modernidad, puede cotejarse mucho mejor en un texto clásico del derecho penal: *De los delitos y de las penas* de C. Beccaria (1982), completamente inspirado en las teorías contractualistas, en especial en Montesquieu y en su *Espíritu de las leyes*, hace derivar el derecho de castigar directamente del pacto social, pacto según el cual los hombres, para vivir en sociedad, y huir así del estado de guerra, depositan parte de su libertad natural cediéndola a una entidad soberana. De allí, se deriva que la autoridad para decretar las penas de los delitos resida únicamente en el legislador, el cual representaría a toda la sociedad unida por el contrato. Veamos su teoría de la interpretación de las leyes (1982, p. 31):

[...] Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales por la misma razón que no son legisladores [...] En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pongráse como mayor (como premisa mayor, debe entenderse) la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o libertad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre [...] No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley.

¹¹ Debe aclararse que, en Hobbes, el soberano puede ser tanto el rey como la asamblea.

Estas concepciones inauguran la denominada *escuela de la exégesis* en la interpretación del derecho, y la cual, como se puede apreciar, privilegiará la interpretación literal.

1.3 El código civil napoleónico y el código civil colombiano

El Código Civil Francés (llamado Código de Napoleón o Código Napoleónico), texto cuya denominación oficial data de 1807, será creado por una comisión nombrada para el efecto durante el gobierno de Napoleón Bonaparte. Al asumir el Primer Consulado, Napoleón se propuso como meta, dentro del proceso de la Revolución Francesa, refundir en un solo texto legal el cúmulo de la tradición jurídica francesa, para así terminar con la estructura jurídica del Antiguo Régimen. Esta estructura estaba conformada por una tradición de fuertes influencias germánicas y por la tradición romanista basada en el *Corpus Iuris Civilis*.

Aunque las influencias del código civil napoleónico son abundantes, se destaca allí una fuerte tendencia por desterrar las influencias medievales y las doctrinas jurídicas que sustentaban el poder absolutista y el eclesial; sin duda, los aportes del derecho romano al programa ideológico burgués, sobre todo, lo relativo al derecho de propiedad, eran mucho más apropiados.

En un texto intitulado *Los orígenes doctrinales del Código Civil Francés*, André-Jean Arnaud insiste en la existencia de un conflicto imperante en las fuentes de dicho código, y el cual cobra importancia en esta exposición. No se trataba del aparente dilema derecho-costumbre, sino aquel que se presentaba entre el viejo y nuevo orden jurídico, es decir, entre la tradición, auspiciada por el movimiento jansenista, y la corriente *iurnaturalista* y racionalista moderna; en suma, entre el racionalismo y las posturas humanistas (Núñez, *On line*). Equilibrio difícilmente logrado que abarcará las fuentes, el plan y la sustancia del *Code*. Por esa razón, dice Arnaud, mientras que la primera cohesionaba las leyes positivas, sean escritas (léase racionalistas) o consuetudinarias (léase

irracionalistas), la segunda pretendía que dichas reglas guardasen conformidad con la Razón.

La raíz conservadora del Código se hallaría en la primera, en las fuentes y, especialmente, en aquellas de procedencia consuetudinaria. La impronta revolucionaria burguesa, de corte racionalista, en la segunda, en el plan y en la sistemática. El Código estaría nutrido, además, por el pensamiento de los contractualistas (Montesquieu y Rousseau) muy acorde, de hecho, con el derecho privado de la tradición romanista. La afirmación del individuo, el carácter general e impersonal de las normas, la fe en el legislador y el rol meramente fonográfico del juez serán algunas de sus características. La convicción según la cual la propiedad privada es un derecho natural (Locke), así como la condena de la propiedad feudal y la glorificación de la libertad económica, constituían algunos de los fundamentos teóricos básicos que el Código Civil se encargaría de recoger. La filosofía del derecho natural terminaría por absorber y recrear a las otras fuentes. Según explica Solari, "ante la idea de unidad ningún sacrificio parecía grave: el derecho romano, canónico, germano, feudal, productos imperfectos del tiempo, debían dar lugar al derecho eterno de la naturaleza" (Núñez, *On line*).

En lo relativo a la interpretación, el código establecía para los jueces las mismas limitaciones que eran propias de la escuela de la exégesis, pues no permitía la libre interpretación, sólo la aplicación de la ley al caso específico, bajo la premisa según la cual todo el derecho estaba en la ley y nada fuera de ella.

Ahora bien, mientras que en Francia estaba en todo su apogeo la escuela de la exégesis, en Alemania (que no tendría código civil hasta 1900) predominaba, bajo la figura principal de Savigny, la escuela histórica. Savigny, en su teoría del derecho, da buena cuenta de un acontecimiento epistemológico que, al decir de Gadamer, es fundamental: "la aparición de una toma de conciencia histórica; la revolución más importante que se ha producido, y una revolución

cuyo contenido espiritual probablemente sobrepasaría las realizaciones reconocibles de las ciencias naturales” (1993, p. 41).

Se entiende por conciencia histórica el privilegio de hacer patente la historicidad de todo presente y la relatividad de todas las opiniones, dicha conciencia traerá consigo la carga que implica para el hombre de nuestro tiempo estar situado en medio del conflicto permanente de las cosmovisiones.

[...] Síguese de lo expuesto, que, según esta doctrina, lo que debe hacer del derecho común y del derecho local, fuentes verdaderamente útiles y sin inconvenientes, es el riguroso método histórico aplicado a la jurisprudencia. El carácter de nuestro método no es, como se ha dicho injustamente, la veneración exclusiva del derecho romano, o bien el acatamiento ciego de determinados materiales; todo lo contrario. Su objeto es encontrar, hasta en su raíz, la doctrina toda del pasado, es descubrir el principio orgánico, de manera que cuanto haya vivo se separe de las partes muertas ya, las cuales quedarán como meros objetos del dominio de la historia (Savigny, *On line*).

En lo tocante a la interpretación de los textos legales, veremos cómo en los postulados de la escuela histórica resonarán muy fuertemente las posturas de la tradición hermenéutica alemana, es decir, las teorías de Scheleirmacher y Dilthey. Para Savigny la interpretación de la ley será un procedimiento con miras a reconstruir el pensamiento contenido en ella, entendiendo tal pensamiento como el del legislador histórico. Savigny distingue entre la interpretación de las leyes aisladas y la interpretación de éstas en su conjunto. Para la ley aislada en su estado normal, la interpretación se descompone en cuatro elementos cuya interpretación ha de ser consecutiva, a saber: el gramatical (la letra de la ley), el lógico (descomposición del pensamiento o de las leyes lógicas que lo integran), el histórico (el estado de derecho existente cuando la ley se produjo y los cambios sociales que introdujo), y el sistemático (el lazo íntimo que une las normas jurídicas en su unidad). Ninguno de estos cuatro elementos puede faltar en la interpretación de la ley, siendo el elemento histórico el más importante para el éxito de la interpretación. No obstante, cuando la ley es defectuosa, sea por ambigüedad, por incompletud o por estar en contradicción con el sistema, propone los siguientes métodos: por el

conjunto de la legislación (en aplicación, aunque estas no sean sus palabras, del círculo hermenéutico), o por los motivos fácticos que originaron la ley.

Los alcances hermenéuticos de la escuela histórica alemana pueden cotejarse fácilmente con la mezquindad característica de la escuela exegética francesa. En efecto, el artículo 4º del Código Civil francés, estando aun vigente, se limita a señalar lo siguiente: “El juez que se niegan a determinar bajo pretexto de silencio, la oscuridad, o la insuficiencia de la ley, podrá ser procesado como culpable de denegación de justicia” (Burham, *On line*).

Por su parte, el Código Civil colombiano, similar al que rige para Chile y Venezuela, será obra del jurista chileno-venezolano Andrés Bello, quien entregó un proyecto de código en 1855, el cual entró en vigencia el primero de enero de 1857.

Tradicionalmente se ha creído que la principal fuente de inspiración del código civil chileno ha sido el *Code Civil Napoleónico*. Aunque esto es cierto en materia de obligaciones y de contratos, no lo es en las demás áreas. En materia de interpretación, el Código Civil de Andrés Bello adoptará la metodología Savignyana.

2. Aportes a la juridicidad desde las teorías hermenéuticas

En el aparte anterior hicimos un rastreo histórico que arribó finalmente en el modelo acogido por el *Código Civil* en materia de interpretación. Veamos, ahora, cuáles son algunos de los aportes que las teorías hermenéuticas pueden realizar al campo de la interpretación jurídica.

2.1 Debate epistemológico: el derecho: ciencia natural, ciencia del espíritu, arte

Los debates ontológico, epistemológico y metodológico que, desde autores como Droysen, rodean el escenario de las discusiones científicas hasta nuestros días, no estarían ni mucho menos alejadas de alcanzar al derecho en

tanto que disciplina. En este sentido, el derecho ha presenciado una de las más complejas polémicas, pues los juristas no tienen claridad sobre el objeto que estudian y que manipulan en su hacer. Para algunos (como el primer Kelsen, por ejemplo), el derecho estudiaría la norma jurídica en su estructura lógica. Para otros, en cambio, éste sería un objeto bidimensional (la norma y la conducta jurídica normada) o, bien, de tres dimensiones (la norma, la conducta jurídica normada y el valor jurídico que la norma realiza). En este sentido, las teorías acerca de la naturaleza epistemológica del derecho oscilan entre el positivismo lógico (ciencia positiva) y las corrientes que lo asumen como un objeto cultural y mundano (ciencia del espíritu).

No obstante, la actividad jurídica y jurisprudencial antecede con mucho a cualquier formación de las ciencias humanas, toda vez que éstas se irán consolidando a lo largo de la modernidad occidental; mientras el derecho, como tuvimos la oportunidad de verlo más arriba, contaba ya con una conciencia de sí que venía forjándose desde el periodo clásico de Roma. En ese contexto, el derecho era definido por los juristas romanos como el arte de lo justo, o al arte de ajustar los conflictos sociales de acuerdo con una norma jurídica. En una definición, con la que Gadamer estaría de acuerdo, el derecho bien podría hoy seguir siendo definido como un arte, pues sigue realizándose una actividad en la cual los elementos lúdico, simbólico y festivo conservan su actualidad. Así, el derecho, en tanto que arroja una verdad, como producto de una actividad artística, bien podría constituirse en ese paradigma alético que tanto reclama el filósofo para las ciencias del espíritu.

2.2 Giro óntico y epistémico: conceptos fundamentales de la jurisprudencia

Así como la tradición humanista privilegia, para la constitución de su modelo de conocimiento, cuatro grandes conceptos, así también la jurisprudencia privilegia, a su vez, unos conceptos fundamentales, y los cuales no son meramente análogos respecto del Humanismo. Si bien el juez, en particular, y

el jurista, en general, deben alcanzar su *formación*, aprehender el *sensus communis*, fortalecer el *gusto* y practicar el *buen juicio*, la actividad jurisprudencial implica el desarrollo de otras condiciones adicionales, y la más importantes de ellas es la *prudencia*.

Aunque distamos mucho de realizar un análisis profundo del término, por *prudencia* podemos entender aquella capacidad de actuar de forma justa, adecuada y con cautela, y sería definida por los escolásticos como la *recta ratio agibilium* (recta razón en el obrar), para diferenciarla del arte *recta ratio factibilium* (facultad de comunicarse claramente con los demás). Consiste, pues, en la capacidad de crear respetando la dignidad de aquellos que se podrían ver afectados por la creación técnica, artística o jurídica.

2.3 *Ontología de la pre-comprensión normativa*

Si la facticidad, en Heidegger, es la manera de designar el carácter de ser de *nuestra propia* existencia; si ésta no se define como objeto sino como ella misma en su ser ahí, y que se despliega en un mundo normativo, entonces la forma de abordar la facticidad, por parte del *Dasein*, implica siempre una precomprensión normativa que lo proyecta existencialmente en ese mundo. El *Dasein* opera normativamente en el mundo de acuerdo con una pre-comprensión o un *pre-habere* normativo.

2.4 *El lenguaje normativo*

El derecho se expresa siempre a través del lenguaje. En su carácter general, este lenguaje se manifiesta mediante proposiciones del tipo: “está permitido que A realice la conducta B”, o bien “está prohibido que A realice la conducta B”, o bien “es obligatorio que C”. En su análisis del derecho positivo, Kelsen

resumiría las proposiciones normativas al siguiente esquema: “dado A (la hipótesis normativa), entonces debe ser B (consecuencia legal). En tanto expresiones lingüísticas, las proposiciones normativas están sometidas a un devenir del sentido, y siempre ameritan el acto de interpretación como actualización de dicho sentido a un estado de cosas igualmente en devenir. Lo anterior implica indagar por el referente que tendrían las normas, o, en otras palabras, éstas ¿tendrían un valor de verdad que pudiese derivarse de su relación de adecuación con un estado de cosas?

En la medida en que las normas jurídicas prescriben acciones en su deber ser, el lenguaje normativo *performa* un estado de cosas potencial o hipotético, el cual se actualizará una vez que el destinatario realice las hipótesis normativas que contiene. Si la norma jurídica ordena que quien incumpla un contrato deba indemnizar a su acreedor, dicha norma será válida si en su proceso de creación respetaron los mecanismos formales para la creación de las leyes. Por tal razón, cobra validez la norma jurídica que consiste en modelo de interpretación de la conducta jurídica observada por los destinatarios, es decir, en este caso, aquella servirá para interpretar el acto jurídico consistente en celebrar un contrato e incumplir la obligación o las obligaciones que de dicho contrato se derivan. En este sentido, consideramos que las normas jurídicas no hablan del mundo, no lo describen y por tal razón carecen de referencia; son más bien actos de voluntad que *performan* relaciones de derecho, actos que se constituyen en planos inmanentes de interpretación de las conductas de los destinatarios de las normas jurídicas.

2.5 El debate entre interpretación y argumentación en el derecho

En el texto *Interpretación y argumentación*, Paul Ricoeur emite una tesis que puede constituir un valioso aporte al tema de las teorías hermenéuticas, y la tesis es la siguiente: “una hermenéutica jurídica centrada en la temática del

debate, requiere una concepción dialéctica de las relaciones entre interpretación y argumentación” (2007, p. 254 sts).

El auto francés propone una tesis en la cual las operaciones de interpretar y argumentar —aparentemente rivales en la teoría jurídica contemporánea— se acoplan conformando una relación dialéctica. En un sentido amplio, la noción jurídica de interpretación ha sido considerada como sinónimo de aplicación, pero es en un sentido más restringido (interpretación de la norma) donde parece justificarse la oposición con la argumentación.

El estado actual de la discusión enfrenta a Dworkin con Alexy y Atienza. Para el primero, la ley misma es ya una interpretación; para los segundos, en cambio, la argumentación jurídica debe ser considerada como una provincia aparte, sin que la interpretación sea reconocida como un componente original del discurso jurídico.

Ricoeur plantea una comparación entre los marcos estratégicos de los opositores, para, finalmente, mostrar que entre ellos es posible encontrar un punto de intersección en el cual se complementan interpretación y argumentación.

El marco estratégico de Dworkin parte de la paradoja que constituye en la práctica judicial el asunto de los *hard cases* o causas difíciles. El juez se encuentra con una causa difícil cuando ninguna de las disposiciones legales vigentes parece constituir la norma en la cual dicha causa podría situarse, constituyéndose en un verdadero reto para su juicio reflexivo. Dworkin, sin embargo, se opone férreamente a la tesis de la *no answer*, y al mismo tiempo a la teoría positivista del derecho. Para esta última las leyes son aprobadas por alguien que está en posición de mando, privilegiando la intención inequívoca del legislador y recurriendo al poder discrecional del juez en el evento de no encontrarse una respuesta normativa a la pregunta planteada por el caso concreto. La teoría de la interpretación de Dworkin se deriva de una refutación a las tesis positivistas.

En primer lugar, el sentido de la ley no deriva de su *pedigrí* sino que dicho sentido, si es que existe de suyo, debe buscarse en el texto y en sus conexiones intertextuales. Por otra parte, aun las leyes más estrictas poseen, en sus palabras, una estructura abierta; son obras abiertas y plurisemánticas. Por último, el papel de comodín atribuido al poder discrecional del juez, o bien deja abierta la puerta a la arbitrariedad o bien hace que éste devenga legislador.

Para justificar la idea de la perenne existencia de una respuesta válida en derecho, una respuesta que evite la arbitrariedad o el papel legislativo del juez, Dworkin apela a los modelos del texto literario y del texto narrativo.

El modelo narrativo cobra relieve porque, en la interpretación del sentido del texto, se acude a las relaciones de conveniencia y de justeza entre la interpretación propuesta para un pasaje difícil y la interpretación del conjunto de la obra. En otras palabras, Dworkin propone como vía de interpretación la apelación al círculo hermenéutico más que a la autoridad del canon interpretativo. En palabras de Ricoeur, el jurista norteamericano soslaya el momento argumentativo al que es preciso recurrir, si lo que se pretende es solucionar la controversia que suscita la interpretación de la parte con relación al todo.¹² Se trataría de un asunto de *coherencia narrativa* al interior de aquello que el teórico denomina *la empresa judicial*. Esta empresa tendría un carácter histórico y estaría construida por una serie de fabulaciones, de fabulaciones entrelazadas por una cadena de narradores.

La teoría de la interpretación de Dworkin se complementa con el recurso que, con miras a solucionar las causas difíciles, el intérprete realiza a los principios

¹² Si el círculo hermenéutico es interpretación del todo por la parte y de la parte por el todo, nos preguntamos, ¿cuál es la parte, cuál es el todo? Para no incurrir en una posición metafísica frente al círculo hermenéutico, creemos que la parte y el todo son relativas al acto mismo y al proceso de la interpretación. En otras palabras, no existen un todo en sí ni una parte en sí; lo que existe es una acción de totalizar y de parcializar, acción que permite al intérprete introducir un sentido urgido de argumentación.

generales del derecho.¹³ Estos principios, de naturaleza ética-política, tendrían un *peso* no unívoco para sustentar una tesis o una interpretación normativa, y esta plurivocidad se deriva de su naturaleza abierta en los límites entre juridicidad, ética y política. De esta forma, el jurista logra evadir el formalismo de la teoría de la argumentación de Alexy y Atienza, proponiendo una concepción flexible y no codificable de la interpretación.

Por su parte, la estrategia de los especialistas del argumento jurídico es muy diferente. Ellos abordan la argumentación como un caso especial de la discusión práctica normativa general. *Práctica* porque se desarrolla en el dominio de las interacciones humanas, desde el punto de vista de las normas que las rigen y las cuales aspiran a la *corrección*. Por tratarse de un discurso, éste impondría, por sí mismo, el formalismo propio de la teoría de la argumentación, elevando el ideal de corrección a la pretensión de inteligibilidad y comunicabilidad universalizable, es decir, plausible y aceptable por las partes afectadas, por el auditorio. Según Ricoeur, allí se instalaría la interpretación en el discurso, puesto que la inteligibilidad de los argumentos pasa por la satisfacción de las necesidades e intereses de la comprensión del auditorio, además de que dichos argumentos deben pasar por una especie de tasado del *peso* que dichos argumentos ostenten.

Los teóricos de la argumentación sustentan una situación ideal (y por tanto formal) del discurso, el cual ofrece el horizonte de corrección para todo discurso en el cual los participantes busquen convencer por medio de argumentos. En el plano de esta estrategia, dice Ricoeur, se instalaría la interpretación en el momento en el que deba demostrarse la coherencia lógica entre las premisas y la conclusión del silogismo jurídico, pues éste no puede reducirse a la vía directa de la subordinación de un caso a una ley, sino que, además, debe satisfacer el reconocimiento de la propiedad de la aplicación de

¹³ Para aclarar este punto podemos afirmar lo siguiente: por *reglas* debemos entender proposiciones normativas y formales que direccionan una serie de acciones interpretativas, por ejemplo las contenidas en el régimen de interpretación que vimos más arriba. Por *principios*, en cambio, debemos entender conceptos ético políticos que definen una forma de ser de la empresa judicial en un estado de derecho; así, por ejemplo, el principio según el cual a nadie le es dado alegar, en una causa judicial, su propia culpa o torpeza.

la norma a tal caso; en otras palabras, la interpretación de la norma y la interpretación de los *hechos* (que no dejan de ser más que una narración) se condicionan mutuamente.

En este lugar, concluye Ricoeur, interpretación y argumentación se encuentran en un punto de intersección entre ambas teorías: en el caso de Dworkin, en la pregunta planteada por las causas difíciles, precisamente en el horizonte ético-político que ofrecen los *principios* en la empresa judicial considerada en su devenir histórico; en el caso de Alexy y Atienza, cuando los procedimientos de interpretación encuentran su pertinencia en la justificación interna de las premisas que conforman el silogismo jurídico.

Conclusiones

No queremos concluir este texto sin dejar por sentadas las siguientes conclusiones:

- La hermenéutica filosófica es una fenomenología de la comprensión, pero la interpretación es un hacer, y este hacer consiste en traducir.
- La hermenéutica jurídica no puede desligarse de una heurística, puesto que todas las interpretaciones deben ser argumentadas.
- Es un error creer que la interpretación en derecho se agota en la interpretación del texto legal; el texto legal es una narración que sirve de plano de inmanencia para interpretar otra narración: la narración de los hechos, el caso.
- Todo fallo judicial implica de suyo una *subtilitas aplicandi*: se espera, y de hecho se exige, el cumplimiento fáctico de lo preceptuado por el juez.

- Los aportes de la filosofía contemporánea, alrededor de los conceptos de texto y autor (en pensadores como Ricoeur y Foucault) son útiles en el campo de la juridicidad para solucionar los problemas inherentes a los conceptos simétricos de ley y de norma jurídica, así como para develar, mediante la crítica, el *quién* que se expresa en las proposiciones normativas, así como los efectos y los discursos que éstas propician.
- La labor hermenéutica del jurista no consiste siempre en deshacer el extrañamiento potencial de las normas y de los casos; esto será únicamente exigible a los jueces: para los abogados, en cambio —comprometidos como están en la obligación de ganar, a medias, los procesos, de vencer en la batalla judicial—, dicha labor consiste, las más de las veces, en producirlo, en extrañar, en crear la incomprensión o en *demostrar* que lo que se cree comprender normativamente se aplica a un caso, a una narración distinta.

Referencias

- Beccaria, C. (1982). *De los delitos y de las penas*. Madrid: Editorial Alianza.
- Burnham, R. The Napoleón Series. Tomado 09/09/2010 en:
http://74.125.47.101/translate_c?hl=es&langpair=en|es&u=http://www.napoleon-series.org
- Cicerón, M. T. (1997). *Tratado de la república*. México D.F.: Editorial Porrúa-Unam.
- Deleuze, G. (1989). *Lógica del sentido*. Barcelona: Editorial Anagrama.
- De Sevilla, I. (1993). *Etimologías*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Ferraris, M. (2005). *Historia de la hermenéutica*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Foucault, M. (1996). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- (1969). *¿Qué es un autor?* México D. F.: La letra Editores.
- Gadamer, H.-G. (2002). *La actualidad de lo bello*. Barcelona: Editorial Paidós.
- (2002). *Verdad y método*. Salamanca: Editorial sígueme.
- (1993). *Los problemas epistemológicos de las ciencias humanas*. En: *El problema de la conciencia histórica*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Guzmán, A (2000). *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*. Santiago: Instituto de historia del derecho Juan de Solórzano y Pereira.

- Heidegger, M. (1999). *Hermenéutica: ontología de la facticidad*. Madrid: Alianza.
- Hobbes, Th. (1983). *Leviathán*. Madrid: Editorial Sarpe.
- Iser, W. (2005). *Rutas de la interpretación*. México D.F.: F.C.E.
- Kelsen, H. (1991). *Teoría pura del derecho*. México D.F.: Editorial Porrúa-Unam.
- Kramer & Sprenger. *Malleus Melficarum*. Tomado 09/09/2010 en:
<http://www.herenciacristiana.com/malleus.html>
- Maturana, H. (1996). *El sentido de lo humano*. Barcelona: Editorial Anthropos.
- Núñez, C. *Código napoleónico: fuentes y génesis*. Tomado 09/09/2010 en:
<http://www.pandectasperu.org/revista/no200004/cramos.html>
- Ricoeur, P. (2007). *Interpretación y argumentación*. En: A. V. *La argumentación jurídica*. Medellín: Editora Jurídica de Colombia, pp.251-269, p. 254.
- _____ (2001). *Del texto a la acción*. Buenos Aires: F. C. E.
- Savigny, F. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Tomado 09/09/2010 en: <http://lexetius.blogspot.com/2008/05/savigny-un-fragmento-de-de-la-vocacin.html>
- Schönberg, A. (1974). *Tratado de armonía*. Madrid: Real Musical Editores.
- Wittgenstein. L. (2009). *Los cuadernos azul y marrón*. Madrid: Editorial Tecnos.