

de que el Estado liberal sólo se debe preocupar por la legalidad y no por la moralidad. Afirmar que en Alemania y España no se ha renunciado a valorar moralmente las motivaciones del autor de los hechos y eso provoca que la valoración moral del juez todavía tenga un papel muy destacado en el momento de la imposición de la pena. Concluye con dos sugerencias. La primera es que sería beneficioso suprimir la referencia “por honor” en los asesinatos, dado que tal consideración parece insinuar que la comisión de dichos ilícitos sea honorable. Y la segunda, que si el legislador quiere regular las motivaciones del delito debería vincularlas a la violación de los derechos humanos y no a datos puramente anímicos.

En suma, el mundo es un lugar en constante cambio. Como consecuencia de ello, las realidades jurídicas modifican sus normativas para adaptarse lo mejor posible a las transformaciones sociales y, de este modo, contribuir a regularlas para el bien común e individual. La idoneidad del presente libro reside en el intento de dar soluciones legales a problemas reales que surgen en Europa en relación a la incardinación de las convicciones religiosas dentro de los Estados modernos. Para ello, ha sido un gran acierto el comparar las soluciones aportadas por dos países europeos con tradiciones religiosas diferentes, dando la posibilidad al lector de adentrarse en profundidad en cada una de las problemáticas de actualidad. En definitiva, la obra coordinada por María Elósegui, es una excelente oportunidad para reflexionar sobre cuáles son los pilares que deben forjar la convivencia de los ciudadanos para asegurar el progreso de la Europa del siglo XXI.

Daniel FERNÁNDEZ CAÑUETO

Universidad de Zaragoza

Vincenzo OMAGGIO / Gaetano CARLIZZI

Ermeneutica e interpretazione giuridica

G. Giappichelli, Torino, 2010, 210 pp.

El examen crítico de algunas teorías contemporáneas de la interpretación jurídica y de la tarea interpretativa y decisoria de los órganos judiciales desde los postulados de la hermenéutica filosófica y jurídica es el objeto de *Hermenéutica e interpretació jurídica*, resultado de la colaboración de Vincenzo Omaggio,

catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidades Suor Ursola Benincasa y Parthenope de Nápoles, que se hace cargo de la primera parte, de tono más teórico e iusfilosófico, y Gaetano Carlizzi, juez del Tribunal militar de Nápoles y docente en las Universidades mencionadas, autor de la segunda parte, donde la exposición teórica se orienta a la praxis judicial.

En el primer capítulo de la primera parte (pp. 3-42) Omaggio describe los rasgos generales de la interpretación para el positivismo jurídico, sintetizados en el modelo silogístico y la jurisprudencia mecánica, y tres intentos de superación dentro de dicha tradición: la teoría de la interpretación de Hans Kelsen, la teoría de la discrecionalidad judicial de H. L. A Hart, en conexión con la regla de reconocimiento y los principios, y la teoría realista de Michel Troper. La valoración de estos esfuerzos teóricos es negativa: ni la respuesta tradicional ni las propuestas posteriores resultan satisfactorias. El olvido de la razón práctica, el distanciamiento de la praxis jurídica y el desconocimiento del papel de los valores en la tarea interpretativa son las principales objeciones a la teoría kelseniana. En el caso de Hart, la crítica apunta a la tesis convencionalista de la regla de reconocimiento y el insuficiente papel de los principios, junto con la débil justificación de la tesis de la discrecionalidad de los jueces. Por último, a pesar de reconocer ciertas innovaciones de Troper, Omaggio afirma que su escepticismo, la excesiva concentración en el resultado de la actividad interpretativa, en desmedro del proceso, y la expulsión del momento práctico de la razón jurídica lastran decisivamente su teoría.

Las deficiencias de las doctrinas de la interpretación y de la ciencia jurídica positivistas pueden ser superadas desde la hermenéutica jurídica, cuyas aportaciones son analizadas por Omaggio en el capítulo segundo de esta primera parte (pp. 43-88). El carácter práctico y dialógico de la comprensión normativa de la interpretación y la interacción de norma y caso en sucesivos niveles, expresada mediante el círculo hermenéutico y la espiral hermenéutica, o la precomprensión y la historicidad del Derecho son rasgos de la hermenéutica jurídica que justifican la crítica del carácter rigurosamente lógico del modelo positivista y muestran la inevitabilidad de la interpretación para la construcción de las premisas del silogismo de subsunción. Además, si el Derecho no es un objeto separado del intérprete sino una práctica social que se hace presente mediante una actualización interpretativa, los cánones tradicionales de interpretación propuestos por Savigny –gramatical, lógico, histórico y sistemático–, que servían de fundamento de la racionalidad formalista propia del Estado legislativo de Derecho, resultan ineficaces. Es necesario

un control racional de la actividad interpretativa y decisoria diferente, que dé cuenta del empleo jurisprudencial de principios (*Gundsätze*), elaboraciones técnico-jurídicas y criterios extralegales (estándares, tipos, conceptos jurídicos indeterminados, Derecho natural, “naturaleza de la cosa”). Con tal finalidad Omaggio rescata los dos niveles de control de las decisiones sugeridos por Josef Esser (*Richtigkeitskontrolle* y *Stimmigkeitskontrolle*) y enuncia las aportaciones del realismo norteamericano y sus semejanzas con la hermenéutica. Prosigue con la discusión sobre la existencia de una lógica específicamente jurídica entre Perelman y Kelsen, decantándose por aquél, y vuelve a la obra de Esser a través de su polémica sobre el papel de los principios con el voluntarismo kelseniano. Todo lo anterior conduce a una conclusión, parcialmente anticipada: la inadecuación del modelo positivista y formalista para el Estado constitucional de Derecho. El capítulo culmina con un panorama de la rehabilitación de la razón jurídica como razón práctica en Martin Kriele, quien subraya su importancia en el proceso de elaboración del Derecho (*Rechtsgewinnung*), destacando en particular el valor del precedente. Como corolario Omaggio expone las tesis de Kriele en relación con el deber jurídico y la legitimidad de la desobediencia de las normas, comparándolas con la reflexión de Hart sobre la doctrina de la ley injusta y la tesis de la extrema injusticia del último Radbruch.

La segunda parte se divide en tres capítulos, de índole expositiva los dos primeros y de índole propositiva el tercero y último. En el capítulo primero (pp. 91-127) Carlizzi retoma la relación entre norma y hecho como núcleo hermenéutico de la práctica social del Derecho, dedicando especial atención a la configuración normativa de los hechos, en la medida en que la interpretación jurídica no tiene lugar en abstracto sino siempre en relación con el caso concreto. Aquí rechaza la idoneidad jurídica del concepto abstracto, entendido como un conjunto de propiedades necesarias y suficientes que integra una clase homogénea de objetos mediante una lógica clasificatoria (“esto-aquello”), y propone reemplazarlo por el tipo (*Typus*) y el análisis de las funciones típicas—siguiendo a Gustav Radbruch, Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer—, que demanda una lógica ordenadora (“más-menos”) apoyada en la comparación, en el sentido introducido por Carl Gustav Hempel y Paul Oppenheim en su obra pionera *Der Typus im Lichte der neuen Logik* (Leiden, A. W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij, 1936). Esto es, a las condiciones prefijadas y definidas del concepto se opone el carácter asintótico de la comprensión de las funciones típicas. Finalmente, la vinculación funcional entre norma y hecho, que hace

posible la comprensión del sentido normativo, conduce a la exigencia de una interpretación teleológica y explica el fundamento analógico de la aplicación jurídica, no tanto en el sentido de inferencia lógica cuanto en el sentido ontológico de relación de semejanza entre entes singulares, parcialmente iguales y parcialmente diferentes.

El capítulo segundo (pp. 129-169) presenta los presupuestos de una “teoría hermenéutica del juicio jurídico” en el marco del proceso judicial, donde se distinguen tres fases: formación, decisión y justificación, que también son desarrolladas en el tercer capítulo. Carlizzi prefiere esta denominación frente a la mayor unilateralidad de la expresión “teoría del razonamiento jurídico” o la excesiva amplitud de “teoría del pensamiento jurídico”, pues da cabida de forma más cumplida a la importante actividad probatoria que acompaña a la interpretación, aplicación, argumentación o justificación. En esta sede critica la separación analítica entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, disuelta desde una perspectiva hermenéutica afincada en la experiencia jurídica, y emplea una vez más la noción de tipo y de formulación típica, con apoyo ahora en la noción weberiana de tipo ideal. Con todo, el núcleo del capítulo es un recorrido histórico-filosófico de las vías de superación de la lógica tradicional: la lógica trascendental kantiana, su desarrollo por el neokantismo de Heinrich Rickert, la fenomenología de Husserl, el acento ontológico de Martin Heidegger o la aportación hermenéutica de Hans-Georg Gadamer. En cuanto a la hermenéutica jurídica, precisa el autor que su aparición no hubo de esperar a la publicación de *Verdad y método*, pues ya cobraba forma con antelación a través de la obra de Gustav Radbruch y Karl Engisch.

La correlación entre normas jurídicas y hechos singulares en el proceso judicial, objeto del capítulo inicial de la parte primera y, en especial, del capítulo segundo de la segunda parte recién comentado, se presenta como una concatenación de actos procesales típicos. La investigación de las condiciones hermenéutico-fenomenológicas del juicio jurídico, aplicando a la praxis judicial los fundamentos teóricos de capítulos precedentes, es el propósito del capítulo tercero y último (pp. 171-208). Mediante ejemplos extraídos de la jurisprudencia se muestra cómo funcionan conceptos hermenéuticos clave como la precomprensión normativa, y se justifican otros como el círculo hermenéutico o la espiral hermenéutica. De nuevo se dirige aquí la atención a la dimensión fáctica y sus sucesivas configuraciones a lo largo del proceso interpretativo, distinguiendo el hecho material (*Sachverhalt*) o hecho jurídi-

co (*Rechtstatsache*) de la elaboración posterior del caso jurídico (*Rechtsfall*), y así, poniendo en relación la *quaestio facti* y la *quaestio juris*, se desemboca en la sentencia.

* * *

Omaggio y Carlizzi confirman en este libro su interés y su competencia en el estudio de la hermenéutica jurídica, anticipados en su trayectoria investigadora y editorial¹ y reflejados en el manejo de los principales autores alemanes y de la doctrina italiana más destacada (Luigi Lombardi, Giuseppe Zaccaria, Francesco Viola, Luigi Mengoni,...), que comparten la obra con los iusfilósofos más representativos de la tradición positivista y de la tradición analítica (Kelsen, Hart) y con otros autores no específicamente hermenéuticos que son, a su vez, críticos del logicismo, como Chaïm Perelman.

Además del mencionado rigor en los contenidos, el estilo sencillo y legible, la extensión proporcionada de las distintas partes y unas útiles anotaciones marginales rotulando los párrafos garantizan una lectura fluida, informada y fecunda, si acaso con la excepción del sugerente último capítulo, que adolece de la claridad de los anteriores, en parte por su abrupto final, sin una deseable recapitulación u ordenación postrera que hubiese facilitado su comprensión.

En otro orden de consideraciones, el libro habría mejorado con la supresión de alguna reiteración y con una mayor coordinación de ambas partes, sobre todo si fue concebido como una obra común unitaria y no como una yuxtaposición de aportaciones, aprovechando el perfil iusfilosófico de Omaggio y el tono más metodológico y orientado a la praxis de Carlizzi.

¹ Destacan sus valiosas traducciones al italiano de obras de autores alemanes contemporáneos, usualmente acompañadas de estudios críticos. En concreto, al margen de traducciones de artículos de otros autores afines (Stefan Meder, Ulfrid Neumann), cfr. KAUFMANN, A., *Analogie und 'Natur der Sache'*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Heidelberg-Hamburg, Decker & Müller, 1965, 1982². Traducción italiana de Carlizzi, G., *Analogia e 'natura della cosa'*. *Un contributo alla dottrina del tipo*, Napoli, Vivarium, 2003; KRIELE, M., *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1979. Traducción italiana de Omaggio, V., *Diritto e ragione pratica*, Napoli, Scientifica, 2006; HASSEMER, W., *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, C. Heymanns, 1968. Traducción italiana de Carlizzi, G., *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007; HRUSCHKA, J., *Die Konstitution des Rechtsfalles. Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1965. Traducción italiana de Carlizzi, G., *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2009.

En todo caso, aquí comparecen los hitos históricos y los conceptos hermenéuticos principales, aun cuando sus argumentaciones y sus énfasis están influidos por los autores que mejor conocen, entre ellos Martin Kriele en el caso de Vincenzo Omaggio, y Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer o Joachim Hruschka en el caso de Gaetano Carlizzi. Esta circunstancia determina que algunas elecciones y desarrollos temáticos, explicables por las razones expuestas, parezcan poco justificados. Sorprende en este sentido el apartado dedicado a Martin Kriele al término del capítulo segundo de la primera parte, no tanto por su extensión o su detalle –quizás desproporcionado en relación con otros, aunque referido a cuestiones de la interpretación jurídica– cuanto por la atención a la legitimidad de la desobediencia o resistencia al Derecho y la doctrina de la *lex iniusta*, conectada en menor medida con el objeto central del libro y ayuna de explicaciones previas, entre las que hubiese resultado razonable e ilustrativa una mención de la doctrina clásica, al menos de su exponente más sobresaliente, Tomás de Aquino, cuyas tesis son semejantes a las ofrecidas siglos después por Kriele.

Por el contrario, no cabe aplicar tal crítica a la influencia de Hruschka en la atención a los hechos y la configuración del caso jurídico, porque no se trata de un análisis monopolizado por dicho autor y porque responde a una preocupación central y distintiva de la hermenéutica. Asimismo, merece un comentario favorable la configuración típica del proceso de determinación del Derecho delineada por Carlizzi, basado en una categoría metodológica netamente antiformalista y vigente en la hermenéutica jurídica como el tipo. Si se puede reprochar, en cambio, la falta de concreción del modo de operar del tipo en dicho proceso, tal vez por la elección como modelo del tipo ideal de Max Weber –en cuyo lugar podría haber sido utilizada la doctrina del tipo de Georg Jellinek, antecesora de la weberiana y más afín al Derecho– o la indeterminación de las concepciones típicas de Kaufmann o Hassemer. En cualquier caso, debe elogiarse este ensayo de proyección de la teoría hermenéutica en la praxis jurídica.

En suma, el balance de la lectura de *Ermeneutica e interpretazione giuridica* es positivo, como se infiere de la descripción de sus contenidos e incluso de los apuntes finales, que pretenden prorrogar un diálogo constructivo con las aportaciones de Omaggio y Carlizzi, a la espera de recomendables desarrollos futuros de su teoría hermenéutica del conocimiento jurídico.

José Antonio SEOANE
Universidade da Coruña